

THÈSE DE
PARIS.
1884.
N^o 8.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

DROIT ROMAIN

A QUELS ACTES

S'APPLIQUENT

LES RÈGLES DES DONATIONS

DROIT FRANÇAIS

DANS QUELLE MESURE

LES DONATIONS OU AVANTAGES

FAITS AUX FUTURS ÉPOUX PAR LE CONTRAT DE MARIAGE

PARTICIPENT-ILS DU CARACTÈRE ET DES RÈGLES

DES CONTRATS A TITRE ONÉREUX

PAR

LOUIS BÉNET

Avocat

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée,

24, RUE SOUFFLOT, 24.

—
1884

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

DROIT ROMAIN

A QUELS ACTES

S'APPLIQUENT

LES RÈGLES DES DONATIONS

DROIT FRANÇAIS

DANS QUELLE MESURE

LES DONATIONS OU AVANTAGES

FAITS AUX FUTURS ÉPOUX PAR LE CONTRAT DE MARIAGE

PARTICIPENT-ILS DU CARACTÈRE ET DES RÈGLES

DES CONTRATS A TITRE ONÉREUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

LOUIS BÉNET

Avocat.

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le *jeudi 24 janvier 1884*, à 10 heures 1/2.

PRÉSIDENT: M. BUFNOIR,

SUFFRAGANTS :

MM. GÉRARDIN,
JALABERT,
RIPERT,
JOBBE-DUVAL.

PROFESSEURS.

AGRÉGÉS.

Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

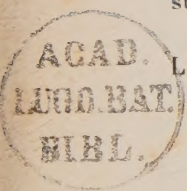
LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée,

24, RUE SOUFFLOT, 24.

1884





Digitized by the Internet Archive
in 2026

A QUELS ACTES

S'APPLIQUENT

LES RÈGLES DES DONATIONS

PRÉLIMINAIRES.

1. — La législation Romaine n'apporta tout d'abord aucune restriction au droit de disposer de ses biens à titre gratuit. C'était la conséquence logique de l'idée qu'elle concevait du droit de propriété, droit entier et absolu.

Nous lisons, il est vrai, dans les historiens que tout à fait à l'origine, la propriété fut une concession de l'État. Varron rapporte que Romulus divisa l'*ager Romanus* entre les trois tribus, et Denys d'Halicarnasse ajoute que la part de chaque tribu fut subdivisée entre les dix curies, qui la composaient; enfin Plutarque (Numa 16) nous apprend que Numa Pompilius répartit le territoire entre les citoyens. Aussi pourrait-on croire que le droit du propriétaire sur sa chose n'était pas plein et entier, mais restreint par celui de l'État, et il resta bien en effet quelque trace de cette origine de la propriété individuelle, soit quant au mode d'acquérir la propriété, soit quant

à la confiscation, soit à l'égard de certaines solennités comme le bornage. Mais si l'on ne considère que les rapports de particulier à particulier, le droit du propriétaire sur la chose fut considéré comme absolu. Le propriétaire avait sur sa chose: 1^o le *jus utendi*; 2^o le *jus fruendi*; 3^o le *jus abutendi*. Ce dernier droit comportait la faculté d'en disposer comme on l'entendait et de la détruire au besoin; il comprenait donc pour le propriétaire la faculté de donner sa chose à titre gratuit, et suivant sa libre volonté.

Cette grande liberté entraîna bientôt des abus. Les donations furent souvent le fruit de suggestions coupables et l'ingratitude du donataire en était la récompense; consenties dans un moment de faiblesse elles ne tardaient pas à provoquer le repentir du donateur et à se retourner contre lui en pénibles regrets. En outre, heurtant en général les affections naturelles, ces sortes d'actes pouvaient être la cause de bien des discordes dans les familles, de troubles dans la société.

Aussi le législateur ne tarda-t-il pas à faire prévaloir l'intérêt de l'ordre public sur la déduction logique des principes et établit-il dans ce but des entraves à la formation et à l'exécution des donations.

Toutefois le droit du propriétaire fut encore respecté en ce sens, que toutes les restrictions de la loi furent créées dans son seul intérêt et que ce ne fut que bien plus tard, sous Alexandre Sévère, que sa protection s'étendit aux héritiers du donateur.

Le droit Romain diffère sur ce point de notre droit Français. Si dans notre législation des entraves furent apportées à la liberté des donations, ce fut en réalité surtout dans le but de conserver les biens dans la famille, et l'intérêt du donateur ne fut qu'un prétexte pour sauvegarder les droits des héritiers.

Les règles spéciales aux donations ne sont pas réunies en un seul corps de doctrine dans la législation Romaine ; toutes aussi n'ont pas la même étendue et tels actes, qui seront soumis à l'une d'elles, échapperont à l'autre. Il importe donc de bien déterminer l'étendue de l'application de ces règles, et cette importance apparaît d'autant plus grande, si l'on songe, d'une part, que le mot donation avait à Rome un sens très multiple, et que d'autre part les raisons qui avaient suscité les règles restrictives pour les donations existaient aussi pour tout acte à titre gratuit en général.

Tel sera le but et l'objet de notre étude. Nous rechercherons pour chacune des règles des donations, *quel est exactement son champ d'application* ; à cet effet nous examinerons les décisions particulières des jurisconsultes et nous tâcherons d'en déduire la règle générale, si elle existe.

Mais auparavant, pour bien fixer le cadre de nos recherches, il est nécessaire d'analyser l'acte à titre gratuit et d'énoncer ensuite les éléments qui paraissent constituer cet acte, auquel semblent surtout s'appliquer les règles restrictives, et que nous appel-

lerons, après bien des auteurs, *donatio stricto sensu*.

Nous n'entendons pas justifier d'ores et déjà la définition que nous donnerons de ce dernier acte, cela d'autant mieux que la *donatio stricto sensu*, n'est en réalité qu'une création des commentateurs et un résultat d'interprétation. Cette définition ne sera pour nous qu'un guide dans la revue que nous avons à faire, à propos de chaque règle, des actes à titre gratuit en général. En les comparant à la définition de la *donatio stricto sensu*, nous verrons *si les éléments qui leur manquent*, pour devenir une *donatio*, les soustraient ou non aux règles des donations. Si, arrivés à la fin de notre étude, nous avons démontré que l'absence de ces éléments enlèvent en général ces actes à l'application des règles des donations, notre définition sera bien justifiée.

2. — Lorsqu'une personne procure un avantage à autrui dans un but complètement désintéressé, elle fait un acte à titre gratuit.

Deux éléments sont ainsi nécessaires à l'existence de cet acte :

1° L'intention d'enrichir chez le disposant, ce que les Romains appelaient l'*animus donandi*. Il faut que le disposant non seulement ne soit pas juridiquement contraint à faire l'acte, mais que même il ne *s'y croit pas* contraint. S'il croit payer sa dette et que celle-ci n'existe pas, il n'y a pas acte à titre gratuit, mais *paiement de l'indu*.

Remarquons néanmoins que l'*animus donandi*

ne serait pas détruit par ce fait, que le disposant cacherait, sous des apparences de générosité, des vues intéressées, — son véritable but, par exemple, pourrait être de s'attirer par l'avantage qu'il procure, l'affection du bénéficiaire et par suite des profits pécuniaires de sa part pour l'avenir. La loi positive ne doit voir dans cette hypothèse qu'un acte à titre gratuit ; son attribution ne s'étend qu'aux actes manifestés par l'homme extérieurement et elle ne peut pénétrer à l'intérieur des consciences.

2° L'acte doit avoir une *causa lucrativa*. En d'autres termes celui qui doit l'avantage ne doit nullement être obligé, soit civilement, soit naturellement. Cette observation se comprend sans difficultés pour la dette civile, nous devons aussi l'appliquer à la dette naturelle.

Abstraction faite en effet de toutes lois positives, la dette naturelle ne se distingue pas de la dette civile: payer ce que l'on doit, est toujours une obligation qui exclut absolument l'idée de gratuité. Si donc le droit Romain avait admis que le paiement d'une dette naturelle impliquait l'idée de gratuité il aurait admis un principe faux. Ce principe il ne l'a pas admis. La preuve en est que le paiement d'une dette naturelle ne peut être répété: *Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit, non erit donatio, sed debiti solutio* (1). Il y a paiement de l'indu et non

(1) D. I. 49, § 4. — L. 39. 5.



donation, nous dit le jurisconsulte. Le débiteur sans doute pouvait ne pas payer; mais pourquoi? parce que toutes les conditions de forme ou de capacité ne s'étaient point trouvées dans la formation de l'obligation, parce que peut-être le créancier ne s'était pas montré assez sévère dans l'exigence de son exécution. Ne payant pas, sa conscience aurait-elle été satisfaite? son honneur serait-il resté intact? et est-ce bien procurer un avantage dans un but désintéressé, lorsqu'on acquiert en compensation le respect de ses semblables?

Ainsi définis, les actes à titre gratuit sont variables à l'infini: les uns peuvent n'être d'aucun détrimment pour le patrimoine du disposant, être de simples services, les autres peuvent au contraire lui causer un préjudice plus ou moins grand, qui justifiera l'application des règles prohibitives à leur égard.

3. — Parmi ceux-ci, celui qui a attiré le plus l'attention du législateur, comme étant le plus grave de tous, est la *donation entre vifs*.

A défaut de définition donnée par les jurisconsultes, nous en donnerons une, qui semble correspondre à l'acte plus spécialement entravé par les règles du droit positif; à la *donatio jure civili impedita* (1) ou *non concessa* (2). La voici :

(1) D. l. 5 § 18. — L. 24. 1.

(2) D. l. 6. — L. 24. 1.

La donation est un acte entre-vifs, par lequel une personne se dépouille gratuitement au profit d'une autre. C'est un acte à *titre gratuit*, qui doit déterminer un *appauvrissement* pour l'un, un *enrichissement* pour l'autre.

Pour arriver à l'idée romaine de la *donatio stricto sensu*, il faut prendre les termes qui composent cette formule dans un sens plus restreint que celui qu'ils ont généralement.

1° L'appauvrissement doit porter sur l'étendue même des biens, sur ce que nous appelons le capital.

Dans son sens général, l'appauvrissement est l'abandon d'un droit appréciable en argent; ainsi l'émancipation du fils par le père ne constitue même pas un appauvrissement *lato sensu*.

Dans le sens restreint qui s'applique à la donation : 1° l'appauvrissement doit emporter diminution du patrimoine du disposant, 2° cette diminution doit porter sur son capital.

Ainsi négliger d'acquérir, n'est pas s'enrichir : La répudiation d'une hérédité avantageuse, la répudiation d'un legs ne constituent pas le moindre appauvrissement, car ces actes n'altèrent pas le patrimoine actuel du disposant, comme nous le verrons dans la suite.

L'appauvrissement doit porter en outre sur le capital. Une perte de revenus serait-elle considérable, les Romains ne la considèrent pas comme cons-

tituant une diminution de patrimoine assez grande, pour l'entraver par *toutes* les règles restrictives.

Passons en revue quelques actes renfermant un appauvrissement de ce genre. L'acte le plus frappant est le commodat.

a) Je donne une maison en commodat à Pierre; si l'habitation est assez importante pour pouvoir être louée, je me prive évidemment du loyer de la maison, je m'appauvris. Mais cet appauvrissement ne diminue pas l'étendue de mes biens; ma maison a la même valeur vénale, car si je la vends mon acheteur ne sera pas obligé de continuer le commodat, le commodataire n'ayant aucun droit réel sur la chose. On le voit, il y a ici plutôt appauvrissement par privation de revenus que par diminution des biens.

b) J'en dirai à plus forte raison de la livraison en commodat d'un bien rural. Le cas est ici plus remarquable, car si l'on n'est pas toujours sûr de pouvoir louer une maison, on peut presque toujours compter sur ce qu'un fonds de terre cultivé donnera quelque bénéfice. L'appauvrissement existe donc toujours dans cette hypothèse, mais il ne porte pas sur la valeur actuelle du capital; cela suffit pour que les Romains considèrent cet appauvrissement comme étant pour ainsi dire de second ordre.

C'est là une distinction qu'il est facile de critiquer, car il peut se faire, par exemple, qu'un commodat appauvrisse autant qu'un usufruit. La valeur vénale

du bien donné en usufruit aura, il est vrai, diminué, tandis qu'il n'en sera pas de même pour le bien donné en commodat; mais comme résultat définitif, il y aura dans ce dernier cas une indemnité à payer au commodataire, indemnité qui pourra égaler souvent la diminution de valeur vénale du bien donné en usufruit.

c) Nous venons de voir qu'il y avait dans la livraison en commodat d'une maison d'habitation ou d'un bien rural un véritable appauvrissement, bien que cet appauvrissement soit encore insuffisant pour constituer une *donatio stricto sensu*. En est-il de même d'une somme d'argent prêtée en commodat? Les textes paraissent dans cette hypothèse ne point voir le moindre appauvrissement (1). On peut comprendre cette manière de voir, il est très difficile (et cette difficulté se présentait surtout à Rome) de prêter à intérêt tout l'argent disponible que l'on possède; aussi pouvait-on considérer que l'argent prêté en commodat serait resté inerte entre les mains du commodant; que par suite ce dernier ne s'était pas appauvri.

Comme actes analogues au commodat, pouvant déterminer quelquefois un certain appauvrissement, en tant que diminution des revenus, nous pouvons citer encore le dépôt et le mandat.

Une personne garde en dépôt les marchandises

(1) D. I. 23. — L. 39. 5.

d'autrui dans des bâtiments qu'elle pourrait louer. Il y a en quelque sorte là un commodat, avec charges diverses pour le commodant; il peut donc y avoir appauvrissement, comme dans l'hypothèse du commodat.

Nous en dirons autant du mandat, lorsque (1) le mandataire exécute certains travaux, pour lesquels une rémunération importante est toujours exigée.

Tels sont les principaux actes, qui déterminent un appauvrissement, sans diminuer la valeur vénale des biens.

En appliquant les principes que nous venons d'énoncer, nous devons admettre que la concession gratuite des droits d'usage et d'habitation entraîne un appauvrissement de nature à constituer *donatio stricto sensu*. La valeur vénale des biens est en effet diminuée; néanmoins reconnaissons que l'appauvrissement sera en général très-minime, c'est ce qui nous explique l'absence de textes sur ce point de droit.

Tout acte déterminant un appauvrissement ne constitue pas une donation, il faut un second élément, *l'enrichissement* du bénéficiaire.

3° L'enrichissement doit aussi être entendu dans le sens d'augmentation pécuniaire du patrimoine.

L'enrichissement doit être une augmentation de patrimoine *appréciable en argent*.

Le fils n'est pas enrichi par l'émancipation. Celui

(1) D. I. 26. § 12. — L. 12. 6.

à qui ont été donnés des esclaves à charge de les affranchir, ne s'enrichit pas non plus (1). Sur ces points pas de difficultés; mais *quid* de l'établissement d'un cautionnement, de la constitution d'un gage ou d'une hypothèque?

Le cautionnement peut s'établir à titre gratuit de deux manières: ou bien en même temps que la dette principale, ou bien postérieurement à la dette.

Dans le premier cas, le bénéficiaire est évidemment le débiteur à qui le cautionnement a procuré le crédit; à l'égard du créancier, le cautionnement n'est qu'une condition du contrat, c'est un acte à titre onéreux. Peut-on dire qu'il y a enrichissement pour le débiteur? non, car ce dernier restera débiteur tant qu'il n'aura pas payé lui-même la dette. Le seul avantage qu'il aura retiré de la caution est le crédit, avantage non appréciable en argent.

Dans le deuxième cas, le bénéficiaire est au contraire le créancier, qui reçoit une sûreté, à laquelle il n'avait pas droit. Mais une augmentation de sûreté n'est pas une augmentation de fortune; car le créancier ne reçoit en définitive pécuniairement que ce qui lui est dû.

Nous n'admettons donc pas que le cautionnement puisse déterminer un enrichissement quelconque.

Nous en dirons de même de la constitution à titre gratuit d'un gage et d'une hypothèque si cette con-

(1) D. I. 18. § 1. — L. 39. 5.

stitution intervient après la naissance même de la dette, il n'y a pour le créancier qu'une simple augmentation de sûreté, par suite pas d'enrichissement. Si elle intervient lors de la naissance de la dette, elle ne peut être un acte à titre gratuit, que si elle émane d'une personne étrangère à la dette même ; ce cas est identique à celui que nous avons examiné pour le cautionnement, il y a simple crédit procuré, et non pas enrichissement.

L'enrichissement doit porter en second lieu sur *l'étendue des biens* ; le patrimoine du donataire doit être augmenté. Le commodataire d'une maison d'habitation, par exemple, s'enrichit en réalité de ce qu'il aurait dépensé pour louer une maison ; mais son patrimoine, son capital n'a pas été augmenté ; l'enrichissement ne sera pas celui qui constitue la *donatio stricto sensu*.

Il peut arriver qu'à la suite d'un acte à titre gratuit, un enrichissement se produise et disparaisse ensuite, soit par le fait du donateur, soit par celui du donataire, soit par cas fortuit. Si l'acte ayant produit cet enrichissement passager a été fait en dépit des règles restrictives, sa révocation peut-elle encore être exigée quand l'enrichissement a disparu ? C'est là une question complexe que nous ne faisons que mentionner, car elle est en dehors de notre sujet. Nous n'étudions pas les conséquences de la frustration des règles prohibitives, mais bien seulement les actes auxquels ces règles doivent s'appliquer.

Ainsi voilà bien définie la *donatio* romaine *stricto sensu* : C'est un acte intervenant entre deux personnes, l'une s'enrichissant d'une portion des biens de l'autre.

C'est à cette *donatio* que se rapportent surtout les règles prohibitives ; quant aux autres actes à titre gratuit, ils n'y sont pas entièrement soumis ; mais il n'y a rien d'absolu en cette matière et tels d'entr'eux pourront être sous le coup de certaines règles prohibitives et échapper à d'autres.

La justification de cette proposition résultera, comme nous l'avons déjà dit, de l'ensemble de notre thèse.

4. — Pour compléter notre définition, nous devons examiner un point qui a été controversé. *Le consentement du donataire* est-il nécessaire à la formation de la donation ? Comprenons bien la question. Il ne s'agit pas de savoir si le donataire a le droit de rejeter la libéralité qui lui est faite ; nul doute sur ce point, et le bon sens nous dit par la bouche d'Ulpien que nul n'est donataire, s'il ne le veut (1). La donation a-t-elle besoin pour se former du consentement du donataire ? l'ignorance qu'a ce dernier de l'acte en change-t-elle la nature ? tel est le point à examiner. Nous répondrons négativement.

La loi 10 au titre *De donationibus* (2) nous fournit

(1) D. l. 19 § 2. — L. 39. 5.

(2) D. l. 10. — L. 39. 5.

une preuve de notre assertion. Il s'agit d'un absent à qui l'on veut faire une donation par l'intermédiaire de son esclave. « *Sed si nescit rem, quæ apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatæ rei dominus non fit etiam, si per servum ejus, cui donabatur, missa fuerit, nisi ea mente servo ejus data fuerit; ut statim ejus fiat.* » Ainsi la chose est-elle donnée à l'esclave, pour qu'il l'envoie à son maître, il n'y a pas donation jusqu'à l'acceptation de ce dernier; mais si elle a été donnée directement à l'esclave, la chose devient la propriété du maître à son insu. Voilà donc une donation formée à l'insu du donataire.

On pourrait nous objecter la loi 44 du titre *De donat. inter virum et uxorem* (1), où nous voyons que la donation n'est prohibée que si le donataire a connaissance de la donation « *quia transiit in causam ob eo factæ donationis ipsius mulieris scientia.*

Mais nous verrons plus loin que ce texte, pour être compréhensible, ne doit pas être ainsi ponctué, qu'il faut mettre un point après *donationis*, en sorte que l'objection ne se soutient plus.

En outre, le paiement d'une dette étrangère est un acte gratuit fait sans le consentement du débiteur. Ce paiement est valable, car nous dit Pomponius (2) : *Solutione vel judicium pro nobis accipien-*

(1) D. l. 44. — L. 24. 1.

(2) D. l. 23. — L. 46. 3.

do et inviti et ignorantes liberari possumus. C'est de plus une donation, car il est prohibé entre époux, ainsi que l'indiquent deux textes du titre *De donat. inter vir. et uxor.* (1). Sans doute, nous dira-t-on, la donation tombe, dans les exemples cités par ces textes, mais elle tombe parce que la femme aura nécessairement connaissance des paiements qui auront été faits pour elle. Je l'accorde, mais là n'est pas la question ; l'acte dès le principe a été une donation puisqu'on la résout, et à ce moment il pouvait néanmoins y avoir ignorance de la femme ; donc il a pu y avoir formation d'une donation à l'insu du donataire.

5. — Dans l'étude que nous allons faire des actes à titre gratuit, nous laisserons de côté le testament. Cette dérogation à la loi des successions n'était point considérée à Rome comme sous bien d'autres législations. A raison de la grande force donnée à la puissance paternelle, les dispositions de dernière volonté étaient regardées d'un œil très favorable et les règles prohibitives des donations ne leur étaient point applicables. D'ailleurs les règles du testament sont tellement précises, qu'il ne peut surgir aucune difficulté à leur égard.

Notre sujet se réduit ainsi à l'étude de deux questions :

1^o Quelles sont les donations *stricto sensu* qui par exception échappent aux règles prohibitives ?

(1) D. l. 7 § 6 et l. 50 pr. — L. 24. 1.

2^o Quels sont les actes gratuits, autres que les donations *stricto sensu* (abstraction faite du testament) qui sont soumis à ces règles ?

Les règles spéciales aux donations, ou rendent plus difficiles leur formation, ou rendent plus faciles leur annulation.

Les premières sont :

La prohibition des donations entre époux,

La loi Cincia et l'insinuation.

Elles seront l'objet des deux premiers chapitres de notre thèse.

Les secondes sont :

La révocation pour diverses causes,

L'action Paulienne.

Nous les étudierons dans les chapitres 3 et 4.

Au point de vue chronologique, nous devrions commencer par la loi Cincia et l'insinuation ; mais les textes sont bien plus nombreux sur la règle de la prohibition entre époux ; aussi commencerons-nous par son étude, afin de pouvoir étendre, lorsque nous le pourrons, aux autres règles, les décisions qui la concernent.

Nous ne ferons qu'exposer très succinctement en quoi consistent ces diverses règles ; mais nous n'entrerons pas dans les détails de leur mécanisme. Notre but est simplement de rechercher à propos de chaque règle, *quels sont les actes* qui tombent sur leur coup, *quels sont ceux* qui au contraire, à leur égard, doivent être assimilés aux actes *à titre onéreux*.

CHAPITRE PREMIER.

PROHIBITION DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX.

6. — Dès le principe, comme la femme était toujours *in manu*, il ne pouvait être question de donations entre époux. Plus tard, vers la fin de la République, l'usage de la *manus* cessa et la coutume dès lors ne reconnut point comme valables ces sortes de donations : *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent* (1). La règle ne fut donc pas établie à un instant précis ; elle fut mise en vigueur dans l'intervalle qui sépare l'établissement de la loi Cincia, puisque l'épouse était considérée d'après cette loi comme une personne exceptée (2), de l'époque où vivait Labéon. Le but de la règle était d'assurer la liberté réciproque des époux et d'empêcher que l'un des conjoints ne s'enrichisse au détriment de l'autre, *neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret* (3). La donation entre époux était nulle, et si le donateur confirmait dans le testament sa première impression, la donation ne valait plus que comme disposition testamentaire (frag. Vatican., 294).

(1) D. l. 1. — L. 24. 1.

(2) D. l. 65 et 67. — L. 24. 1. — fr. Vatic. § 202.

(3) D. l. 3 pr. — L. 24. 1.

C'était là une bien grande rigueur, et les époux se trouvaient dans l'impossibilité de se témoigner d'une façon légitime, l'affection qu'ils se portaient l'un à l'autre. Aussi l'autorité des empereurs vint-elle l'adoucir, *ut aliquid laxaret ex juris rigore* (1).

Un sénatus-consulte, rendu sous Caracalla (même loi, 32), intervint dans ce sens. Il édicta que la donation, tout en restant nulle, serait confirmée par cela seul que le donateur mourrait au cours du mariage, sans avoir manifesté une intention contraire (2). La nullité ne devenait définitive que par le repentir du donateur, le prédécès donataire ou le divorce, c'était une sorte de *donatio mortis causa*, aussi voyons-nous les jurisconsultes lui appliquer les règles de la Falcidie (même loi, 32, § 1), qui régissait les legs.

Cependant Justinien assimila la donation entre époux aux donations conditionnelles entre-vifs. En conséquence il distingua les donations ne dépassant pas 500 solides de celles qui les dépassaient. Les premières étaient valables, si le donateur mourait au cours du mariage sans avoir manifesté de repentir, et de ce moment leurs effets rétroagissaient au jour de leur formation. Il en était de même des donations dépassant 500 solides, si elles avaient été insinuées ; sinon elles n'étaient valables pour le surplus des 500

(1) D. l. 32 pr. — L. 24. 1.

(2) D. l. 32. § 2 et 10. — L. 24 1.

solides, que si le donateur les avait expressément confirmées dans son testament, et dans ce cas encore elles ne valaient plus que comme donations *mortis causa* (1).

Ainsi les conséquences de la prohibition varièrent avec les temps, mais le principe une fois établi, fut toujours maintenu : l'acte que l'on appelait donation *était nul*, lorsqu'il intervenait entre mari et femme.

Revenons à nos deux questions :

Les donations *stricto sensu* étaient-elles toutes soumises à la prohibition ?

Il y avait-il des actes à titre gratuit, autres que des donations *stricto sensu*, soumis à cette même prohibition ?

Nous venons de voir comment le législateur après avoir posé une règle très rigoureuse, avait ensuite essayé de l'atténuer dans ses conséquences, afin de permettre aux époux de se témoigner leur affection mutuelle. Imbu du même esprit, le législateur a aussi cherché à atténuer la règle dans ses effets directs, et ce n'est qu'à la donation la plus stricte qu'il l'applique.

7. — Parmi les donations *stricto sensu*, n'étaient pas soumises à la prohibition :

1° Les donations *divortii causâ*.

Le divorce pouvait avoir lieu soit à cause d'un dissentiment qui existait entre les époux, soit pour

(1) C. l. 25. — L.-5. 16.

d'autres motifs, indépendants de tout désaccord et formant ce que les Romains appelaient le divorce *bonâ gratiâ*. Ces motifs étaient, par exemple : le grand âge, la stérilité, l'entrée dans les fonctions sacerdotales. On comprend que dans ces cas les époux puissent se séparer, en conservant l'un pour l'autre des sentiments d'affection, et les manifestassent par des libéralités réciproques.

Ici le danger d'un dépouillement inconsidéré n'était pas à craindre et la loi permit de semblables donations. Cette permission cependant, jointe à la faculté qu'avaient les époux divorcés de renouer les liens du mariage, pouvait être un moyen de frauder la loi. Aussi fallait-il pour que ces donations fussent valables : 1° Qu'il y eut *verum divortium*, c'est-à-dire que le divorce fut suivi d'autres noces, ou d'un temps assez long avant la réconciliation, pour ne pas faire douter de sa sincérité (1) ; 2° Qu'elles fussent faites au moment même du divorce et non en simple prévision de celui-ci (2).

La permission des donations *divortii causâ* n'était nullement contraire à la disposition qui faisait révoquer par le divorce les donations *mortis causâ*. Le divorce est exceptionnellement consenti *bona gratia* ; il fait en général présumer le dissentiment entre les époux, c'est pourquoi il anéantissait les donations

(1) L. 64. — L. 24. 1.

(2) L. 12. — L. 24. 1.

mortis causâ; mais dans l'hypothèse que nous étudions, les circonstances ne sont plus les mêmes, la même présomption n'existe plus.

2^o Les donations *exilii causâ* (1).

La condamnation de l'un des époux dissolvait le mariage (2); l'époux innocent pouvait cependant le maintenir, mais *jure gentium* seulement, dès lors les donations ne pouvaient plus être prohibées entre les époux. Remarquons toutefois qu'il n'y avait pas là réellement exception à la règle.

L'on comprend que la donation put être faite au condamné, mais il est plus difficile de s'expliquer qu'elle put être faite par le condamné, puisque tous ses biens étaient confisqués. Pothier admet qu'une faveur fut accordée à l'époux innocent, en faveur de sa fidélité; d'après d'autres auteurs, une pareille donation ne pouvait exister que s'il y a eû remise des biens par le Prince. Nous inclinons vers cette dernière opinion.

3^o Les donations entre l'empereur et l'impératrice étaient aussi permises pour un motif de pure faveur (3).

Passons maintenant à l'étude des autres actes à titre gratuit.

La donation *stricto sensu* est, avons-nous dit, un acte *entre-vifs*.

(1) D. l. 43. — L. 24. 1.

(2) C. l. 1. — L. 5. 17.

(3) C. l. 26. — L. 5. 16.

8. — Que deviennent en face notre règle les donations *mortis causâ* ?

L'on peut distinguer avec Ulpien (1) deux sortes de donations *mortis causâ* : celles où tous les effets se réalisent au moment même de leur formation, comme s'il s'agissait d'une véritable donation entre-vifs, sauf qu'ils peuvent être résolus par le repentir du donateur ou le prédécès du donataire ; et celles où tous les effets sont suspendus jusqu'à la mort du donateur ; les unes sont faites sans condition *résolutoire*, les autres sous condition *suspensive*.

Les premières se rapprochent beaucoup de la donation entre-vifs ; le donateur peut être même lié en certain cas, par exemple si la donation est faite sous la condition que le donataire ne mourra point le premier. Nous établirons plus loin qu'une pareille donation peut constituer une *donatio mortis causâ*.

Il peut donc y avoir dans ces donations *mortis causâ* un appauvrissement qui donne lieu à l'application de la règle prohibitive. Aussi, Ulpien nous dit-il que, du jour de la donation jusqu'à la mort du donateur, les choses données restent en la propriété du donateur, « *medio igitur tempore dominium remanet apud eum qui donavit* (2). »

(1) D. l. 29. — L. 39. 6.

(2) D. l. 11 pr. — L. 24. 1.

Quant aux donations sous condition suspensive, elles sont parfaitement valables, entre époux ; ces donations ne dépouillent que les héritiers et la prohibition n'était pas établie dans leur intérêt, du moins d'après l'opinion générale.

Cependant une difficulté vient nous arrêter. Un texte de Papinien nous dit que la donation rétroagit au jour où elle a été formée (1). « *Si mortis causa inter virum et uxorem donatio facta sit, morte secuta redicatur ad id tempus donatio, quo interposita fuisset.* » Cette rétroactivité ne peut d'abord avoir lieu qu'autant qu'elle est conforme à l'intention du donateur ; ce dernier est libre en effet de donner sous condition suspensive. Mais que devient cette rétroactivité puisque d'après le texte d'Ulpien les biens restent en la propriété du donateur ? Elle se résume en ceci : la donation, une fois confirmée par le décès du donateur, est regardée comme produisant ses effets du jour de sa formation, sauf pour ceux de ces effets, qui seraient en contradiction avec les actes qu'a accomplis le donateur de son vivant, il ne faut jamais aller **contre** l'intention du donateur. Ainsi le donateur a-t-il donné l'objet en gage ? A-t-il consenti sur lui des hypothèques ? ce gage, ces hypothèques restent valables, sinon il ne lui servirait en rien de garder le *dominium* de la chose. Au contraire, tout ce qu'a produit la chose du jour de la

(1) D. l. 40. — L. 39. 6.

donation, si le donateur n'a expressément formulé le contraire, appartient au donataire. C'est ce que nous dit Javolenus dans la loi 20 au même titre. L'espèce prévue par le jurisconsulte est la suivante. Un mari a donné un esclave à sa femme, du vivant du mari, l'esclave a fait une stipulation ; à qui profitera la stipulation ? Ce devrait être au mari, puisque c'est lui qui était le propriétaire de l'esclave au moment où celui-ci a stipulé ; cependant Javolenus décide que le décès du mari, faisant rétroagir la donation, entraîne pour la femme le profit de la stipulation.

9. — Les actes à titre gratuit, qui ne renferment aucun *appauvrissement* échappent à la règle prohibitive.

1° La *répudiation* d'une hérédité ou d'un legs par un époux au profit de l'autre, constitue une libéralité licite (1). *Neque enim pauperior fit*, nous dit Ulpien, *qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit*.

Il ne peut être question que de l'hérédité déférée à des héritiers externes, *hérédité* dont on était saisi par l'adition ; quant aux héritiers siens ou nécessaires, ils ne pouvaient renoncer. Les Romains ne voyaient dans la renonciation des héritiers externes, ni appauvrissement, ni enrichissement ; pas d'appauvrissement, car les biens de l'hérédité n'étaient jamais

(1) D. l. 5 § 13 et 14. — Loi 24. 1.

entrés dans le patrimoine du renonçant; pas d'enrichissement, car au moment de la renonciation, on ne pouvait encore savoir qui accepterait l'hérédité.

C'était là une idée toute Romaine, s'écartant certainement de la réalité et de la pure raison; elle dérive toujours de ce principe que manquer de s'enrichir n'est point s'appauvrir. La renonciation pour eux, n'était que l'abandon des choses comprises dans l'hérédité, tandis qu'elle est en réalité l'abandon du droit d'acquérir ces choses, droit appréciable en argent et qui se trouve aussi bien dans notre patrimoine qu'un droit de créance quelconque.

Quant au legs, il était certain, qu'une fois l'adition faite, l'enrichissement avait lieu pour l'héritier; mais y avait-il appauvrissement? Ceci pouvait sembler dépendre de la solution que l'on donnait à cette autre question : le légataire est-il, malgré lui, rendu propriétaire des choses léguées par cela seul qu'il y a eu adition?

Cette question fut très controversée entre les Sabiniens et les Proculiens; les premiers répondaient affirmativement, d'après les seconds, la chose léguée restait *res nullius* tant que le légataire n'avait pas pris parti, et l'acceptation ou la répudiation de ce dernier n'avait aucun effet rétroactif. Il est très facile de comprendre comment dans ce dernier système la répudiation d'un legs ne pouvait constituer une libéralité.

Ce système triompha-t-il? C'est bien ce qui semble

résulter du § 195, du commentaire II, des Inst. de Gaius, où ce jurisconsulte, après avoir rapporté les doctrines des deux écoles, ajoute : *Sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis jure uti videmur quod Proculo placuit, nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem colonix, Deliberent inquit, decuriones an ad se velint pertinere, proinde ac si uni legatus esset*. Si l'assertion de Gaius est très affirmative, on ne comprend guère la raison sur laquelle il l'appuie. De ce que le rescrit ait reconnu aux décurions le droit de délibérer pour savoir si la colonie devait ou non accepter le legs, de ce qu'il reconnaissait à cette personne morale, le droit qu'avait un simple particulier, il ne s'ensuivait pas qu'il confirmât la doctrine Proculienne. Les SabinienS admettaient eux aussi que le légataire pouvait délibérer ; la seule différence entre les deux écoles était que l'une admettait l'effet rétroactif, que l'autre ne l'admettait pas, et le rescrit ne tranche rien sur ce point. Et du reste, cette théorie de l'école proculienne n'était-elle pas en désaccord avec le principe Romain « hereditas personam sustinet » ?

Aussi est-il à peu près certain que la doctrine des SabinienS triompha ; plusieurs décisions vont nous en donner la preuve :

1° La répudiation rétroagit à l'égard de l'héritier, pour les actes qu'il a faits relativement à la chose, avant cette répudiation (1).

(1) D. l. 8. — L. 12. 1.

2° La loi 86, § 2, au titre *De legatis*, 1°, nous dit que l'on peut léguer à un *servus hereditarius*, ce qui ne pourrait être si cet esclave était *res nullius*.

3° De même si un legs a pour objet une servitude prédiale au profit du fonds du légataire, et que ce dernier aliène son fonds, sans connaître son droit, la servitude se transmet à l'acquéreur définitivement (1).

Ce fut donc l'opinion Sabinienne qui triompha. Comment comprendre alors que la répudiation ne fut pas regardée comme une libéralité prohibée entre époux ? — Mais en vertu même de la fiction de la rétroactivité : le légataire répudiant, est réputé ne jamais avoir été propriétaire de la chose léguée, il est ainsi réputé ne point s'être appauvri. C'est bien ce que nous dit Ulpien : *Quamvis enim legatum nostrum sit, nisi repudietur; attamen, cum repudiatur retro nostrum non fuisse palam est* (2).

On voit qu'ici la question n'est pas de savoir si l'appauvrissement porte sur les biens eux-mêmes ou sur les revenus, il n'y a pas, d'après les Romains, le moindre appauvrissement.

A ce que nous venons de dire, nous apporterons néanmoins un tempérament, qui nous est indiqué dans le paragraphe 3 de la loi 14, au titre *De fundo dotali* (3) : si un fonds a été légué à la femme *dotis*

(1) D. l. 49 § 1. — L. 8. 4.

(2) D. l. 1 § 6. — L. 38. 5.

(3) D. l. 14 § 3. — L. 23. 5.

causâ et que celle-ci le répudiant, il revienne au mari, le fonds ainsi rentré dans les mains de ce dernier, n'en sera pas moins fonds dotal. On comprend parfaitement le motif de cette disposition. En réalité le legs du fonds avait été fait au mari, sous la condition qu'il serait dotal, et comme la femme ne peut renoncer à une restitution de dot, elle ne pourra transformer le fonds dotal en paraphernal.

2^o Si l'un des époux donne à l'autre le bien d'autrui ne pouvant pas l'usucaper lui-même, il n'y aura pas appauvrissement et la libéralité sera permise. Quelques auteurs ont prétendu que la donation était valable alors même qu'il y eut pour le donateur possibilité d'usucaper; la possession, disent-ils, ne constitue pas une propriété, et il n'y a pas ainsi d'appauvrissement. Ils s'appuient sur le texte même de la loi 23 précitée : *maritus pauperior in suis rebus fit*, le mari ne s'appauvrit, que s'il y a diminution de propriété. Mais les Romains considéraient la possession de bonne foi comme une sorte de propriété, puisqu'ils accordaient une *revendication utile*, la Publicienne. En outre comment expliquer dans cette hypothèse un texte de Pomponius (2), où ce jurisconsulte exige, pour que la donation de la chose d'autrui, faite à la femme par le mari soit valable, qu'il n'y ait pas appauvrissement chez ce dernier? Com-

(1) D. l. 25. — L. 24. 4.

(2) D. l. 3. — L. 41. 6.

ment pouvoir supposer un appauvrissement hors le cas où l'usucapsion serait possible de la part du donateur?

Les dispositions formelles de la loi 25 peuvent nous paraître étranges. Car de deux choses l'une : ou l'époux donataire croira que la chose appartient à son conjoint et il ne pourra dès lors prétendre qu'il usucape en vertu d'un titre, qu'il sait nul, — ou il croira que la chose appartient à autrui et il ne pourra usucaper, faute de bonne foi. On ne peut donner de ces dispositions que deux explications. Nous pouvons nous trouver en présence d'une *usucapio lucrativa*, où la bonne foi ne serait pas exigée ; mais cette hypothèse est peu probable ; ou bien, peut-être dans notre cas, l'existence d'un juste titre, inconnu du possesseur, pouvait-il fonder l'usucapsion.

Quelle que soit l'idée admise par les jurisconsultes, il est certain qu'il y a là une dérogation aux règles de l'usucapsion, que l'équité ne saurait même justifier.

10. — Notre règle prohibitive échappe aussi aux libéralités qui ne renferment pas un *enrichissement* pour le donataire. Il est en effet très probable que dans ce cas le donateur agit en pleine liberté. Voyons l'application de ce principe dans les textes.

1° Un conjoint a donné à son conjoint un terrain destiné à servir de sépulture (1). Sans doute le do-

(1) D. l. 5. § 8. — L. 24. 1.

nataire s'enrichit de ce qu'il aurait dépensé pour acheter ce terrain ; mais d'abord il aurait pu faire une dépense peut-être moindre ; en second lieu ce terrain, devenant un *locus religiosus*, n'entre pas dans le patrimoine commercial du donataire. S'il y a donc enrichissement, il n'y a pas enrichissement au sens étroit du mot, et cela suffit pour que la donation soit valable : « *Non idcirco fit locupletior quod non expendit.* »

Le terrain cédé *sepulturæ causâ*, ne pouvait être vendu, et logiquement il aurait du être consacré immédiatement après la donation, afin de ne pas être une véritable donation d'usufruit, c'est-à-dire une donation prohibée. Mais ce droit rigoureux ne fut pas admis et la donation fut tenue pour valable, même en l'absence d'une consécration immédiate (1).

2° Par extension de la règle précédente, furent validées toutes les donations dont le montant devait être employé, soit à un service religieux, soit à la construction d'un *opus publicum* (même texte).

De même la femme put donner à son mari, à l'effet de lui faciliter l'entrée dans les fonctions publiques.

Plus tard une donation était validée par le fait subséquent de l'affectation de la chose donnée à ces sortes d'œuvres (2).

Enfin une constitution d'Antonin reconnut vala-

(1) D. l. 5, § 12, L. 24, 1.

(2) D. l. 5, § 16, L. 24, 1.

bles toutes les donations faites *honoris causâ* (1).

3° La donation d'un esclave faite sous la condition qu'il serait affranchi par le donataire, n'était point considérée comme atteinte par la prohibition (2). — Ulpien dans cette loi, rapportant l'opinion de Papien, dit qu'il n'y a pas d'enrichissement, car l'esclave ne devient la propriété du donataire qu'au moment même de l'affranchissement. Ce droit s'éteint donc par le fait même de sa naissance, et il ne reste plus pour le donataire qu'un droit de patronage, droit non susceptible d'appréciation pécuniaire.

11. — Il peut se faire que certains actes renferment un appauvrissement et un enrichissement réels mais non au sens romain du mot; il n'y aura pas, en général, prohibition.

1° Ainsi le commodat, le dépôt, le mandat peuvent, comme nous l'avons vu, produire dans certains cas un appauvrissement et un enrichissement véritables.

Cependant ces actes échapperont à la prohibition entre époux, d'abord parce qu'ils ne revêtent pas les caractères de la donation *stricto sensu*, ensuite parce que, quelle que soit leur importance, ils constituent précisément un des éléments fondamentaux des rapports matrimoniaux. La communauté d'habitation, les devoirs de secours et d'assistance, que

(1) D. l. 42, L. 24, 1.

(2) D. l. 7, § 9, L. 24, 1.

le mariage entraîne pour les époux dans toutes les législations, alors même que ces devoirs ne soient pas expressément formulés, comme ils le sont dans la nôtre, excluent d'une façon évidente l'application de notre règle.

Plusieurs textes viennent confirmer cette proposition.

D'abord, dans les actes que nous venons d'énumérer, il n'y a en général qu'une donation de fruits ou de revenus, et dans la loi 17, pr., de notre titre, Ulpien nous dit : « *Et Julianus significat fructus quoque, ut usuras licitam habere donationem.* »

De même Pomponius (1) : *Si vir uxoris, aut uxor viri servis aut vestimentis usus aut usa fuerit, vel in ædibus qui gratis habitaverit : valet donatio.*

Quant à la remise des intérêts, la loi 31, au même titre, nous dit que le mari peut payer immédiatement à sa femme ce qu'il ne lui doit qu'à terme, sans crainte de faire une donation, alors même qu'il se prive ainsi de l'intérêt qu'aurait pu produire son argent, s'il l'avait encore gardé.— Nous voyons aussi dans un autre texte, au titre *De donationibus* que la remise des intérêts ne constitue pas une donation (2). Néanmoins un doute pourrait provenir, au sujet de la cession gratuite des fruits, d'un texte de Marcellus (3).

(1) D. l. 18. L. 24, 1.

(2) D. l. 23, L. 39, 5.

(3) D. l. 49, L. 24, 1.

Marcellus suppose qu'une femme fait tradition à son mari d'un fonds qu'il devra rendre à sa mort à un fils commun . — Le mari bénéficiera-t-il des fruits perçus du jour de la tradition à sa mort ? Le jurisconsulte distingue si la femme a voulu avantager son mari en se servant d'un détour « *color* » ; dans ce cas il y a donation prohibée. Si au contraire la femme a été de *bonne foi*, et qu'elle n'ait voulu se servir du mari que comme administrateur, le contrat est valable. — Cette doctrine, qu'il est impossible de concilier avec celle d'Ulpien, est assurément plus conforme à l'équité ; mais son application est moins en harmonie avec les nombreuses dispositions que le législateur a édictées en faveur du mariage. — Les fruits des époux sont présumés dépensés en commun et il ne pourra résulter un manque d'équilibre entre les patrimoines, de ce que les fruits soient attribués à l'un ou à l'autre des époux.

Mentionnons une troisième doctrine, celle de Pompius (l. 43, *De usuris et fructibus*) (1) ; le jurisconsulte accorde au conjoint les fruits qui sont dus à son travail personnel, *quos suis operis adquisierit*, et refuse les fruits naturels, *quia non ex facto ejunascitur*. Cette doctrine, qui pourrait être soutenue dans une société, où l'on distingue dans les revenus d'un fonds, les fermages et la rente foncière, était inadmissible à Rome ; aussi pensons-nous qu'elle n'était pas généralement suivie.

(1) D. l. 45, L. 22, 1.

Même en adoptant la plus large de ces trois doctrines sur la donation de fruits, il est à remarquer que les fruits des biens dotaux ne peuvent faire l'objet d'une donation par le mari à la femme (1).

Cette prohibition repose sur un tout autre motif que la prohibition générale que nous étudions. Les biens dotaux sont destinés à supporter les charges du mariage et ils ne peuvent être détournés de leur destination, avant que le mariage soit dissous.

A l'inverse la femme peut-elle augmenter les biens dotaux ? Y a-t-il là donation prohibée ? Nous ne le pensons pas. Notre opinion est fondée sur un texte de Paul (2) : *Dos antecedit aut sequitur matrimonium*. La même doctrine est reproduite dans la loi 17, *De pactis dotalibus*, et dans la loi 5, *Soluto matrimonio*. Ces textes sont très-conformes aux principes. Il n'y a point dans l'augmentation de dot véritable donation pour le mari, puisque celui-ci doit employer les revenus de la dot, tout aussi bien pour la femme que pour lui-même, et qu'au surplus il est exposé à subvenir aux charges du ménage de ses propres deniers, si ceux de la dot sont insuffisants. *Hujus (mulieris) etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumenti potestatem esse creditur; cujus etiam matrimonium one-*

(1) D. I. 21, § 1, L. 24, 1.

(2) *Sent.*, Paul, Liv. 2, tit. 21, § 1.

ra maritus sustinet (1). Une confirmation de cette doctrine se trouve encore dans le liv. 2, titre 8, aux Institutes. La *donatio propter nuptias* n'était permise avant Julien que préalablement à la célébration du mariage; mais cet empereur, « *considérant que le dot pouvait être augmentée pendant le mariage* », permit cette donation même au cours du mariage. — L'empereur constate ici non un droit, mais ce fait qu'avant lui la dot pouvait être augmentée au cours du mariage.

12.—Un dernier point nous reste à examiner : les donations *déguisées* échappent-elles à la prohibition entre époux?

1^o Donation sous forme de *vente*.

Rappelons d'abord que l'acte n'est valable comme vente, qu'autant qu'il y a une *chose* à livrer et un *prix*.

Le prix, tout en existant, peut être inférieur à la valeur de la chose livrée; dans ce cas il y a libéralité pour l'acheteur.—Nous voyons dans la loi 5, § 5, du titre *De donationibus inter virum et uxorem* que Julien tenait cette vente pour absolument nulle; — Mais Neratius, (même loi), dont l'opinion fût suivie par Pomponius, faisait une distinction d'après le but que les parties s'étaient proposé, en procédant à cet acte. Le but était-il uniquement de déguiser une donation? la vente était considérée comme non avenue;

(1) D. I. 75, L. 23, 3.

le but principal du vendeur était-il au contraire de se défaire de la chose et accessoirement d'avantager son conjoint, en lui vendant à de meilleures conditions qu'aux étrangers? la vente était valable, mais l'époux avantagé devait payer un supplément de prix. *Enimvero, si quum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenus non valere, quatenus facta est locupletior.*

Telle devait être l'opinion généralement suivie, opinion entraînant peut-être plus de dangers que celle de Julien, car comment savoir réellement quelle était l'intention du donateur? On ne sera point embarrassé si le prix est dérisoire, mais si le prix approche de la véritable valeur de la chose, une grande difficulté surgira, car comme nous le dit Pomponius, il ne faut pas être très rigoureux dans l'appréciation de la chose vendue. Il peut se faire que sans qu'il y ait à proprement parler *animus donandi*, l'époux acheteur soit faiblement avantagé; un supplément de prix dans ce cas ne sera pas dû : *Sine dubio licet a viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi* (1).

2° Une donation entre époux peut être faite sous l'apparence d'un contrat de *société* : dans ce cas l'acte est nul (2). Ce n'est du reste qu'une appli-

(1) l. 31, § 3, L. 24, 1.

(2) l. 32, § 24, L. 24, 1.

cation du principe, qui rendait nulle toute société, entreprise *donationis causa* (l. 5, § 2, L. 17, 2).

3^e Donation résultant d'une omission.

Ces donations n'échappent pas à la prohibition, comme vont nous le montrer les décisions suivantes :

L'un des époux laisse par exemple périmer par le non-usage une servitude, qui grevait à son profit le fonds de son conjoint ; il y a ici donation, la loi nous le dit : *Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem, verum post divortium condici posse* (1). Comment appliquer la prohibition ? Si l'on assimilait l'omission à un véritable acte juridique, cette omission serait considérée comme n'ayant pas existé, et la servitude subsisterait toujours ; mais regarder une omission comme n'ayant pas eu lieu, c'est supposer l'existence d'un acte positif qui n'a pas existé ; c'est là une conception impossible. Qu'a donc fait la loi pour étendre à cette sorte de donation les effets de la règle prohibitive ? Elle a donné à l'époux négligent, une *condictio* à l'effet de faire revivre la servitude ou de faire établir le paiement de sa valeur.

Autres exemples. Le mari laisse usucaper par sa femme un de ses biens qu'elle a reçu d'un tiers (2) ; si le mari et la femme ont une parfaite connaissance de l'état de choses existant, Nératius nous dit

(1) l. 5, § 6, L. 24, 1.

(2) l. 44, L. 24, 1.

qu'il y a interruption de la possession, car il y a eu novation et la femme connaissant sa nouvelle cause de possession, ne peut pas usucaper, ne peut acquérir la propriété ; il y a eu donation.

Cependant on a contesté cette décision de Nératius, en se fondant sur la ponctuation du manuscrit des Pandectes, qui nous a été laissé. Pour bien comprendre la difficulté, il est nécessaire de transcrire ici la loi en entier.

« Si extraneus rem viri ignorans ejus esse, igno-
« ranti uxori, ac ne viro quidem sciente eam suam
« esse, donaverit : mulier recte eam usucapiet. Idem-
« que juriserit, si is qui in postestate viri erat, credens
« se patrem familias esse, uxori patris donaverit.
« Sed si vir rescierit suam rem esse priusquam usu-
« capiatur, vindicareque eam poterit, nec volet, et
« hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio,
« quia transiit in causam ab eo factæ donationis
« ipsius mulieris scientia. Proprius est, ut nullum
« acquisitioni dominii ejus adferat impedimentum :
« non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed
« ex causa donationis ab ipsis factæ adquirere pro-
« hibitæ sunt. »

Ainsi ponctué le texte est incompréhensible. Il prévoit en effet deux hypothèses. La première jusqu'à ces mots : *si vir*, est celle où la femme usucape un bien du mari à l'insu de celui-ci, et ne le *sachant pas elle-même* ; le jurisconsulte nous dit qu'il n'y a pas donation. Pour ceci pas de difficultés. Dans la seconde

hypothèse, qui s'étend jusqu'à la fin de la loi, le jurisconsulte suppose au contraire que le mari et la femme *connaissent l'état des choses*. Y a-t-il donation ? Dans la première des deux phrases il semble que le jurisconsulte réponde affirmativement ; *l'usucapion est interrompue* ; mais dans la seconde phrase le jurisconsulte dit au contraire qu'il n'y a aucun obstacle à *l'acquisition de la propriété*. Comment expliquer cette contradiction et qu'a voulu dire Nératius ?

Certains auteurs mettent un point d'interrogation après *scientia*, en sorte que dans la première phrase le jurisconsulte se demanderait s'il y a donation et que dans la seconde il répondrait négativement. Il est fort difficile d'admettre une semblable solution ; car outre qu'elle donnerait un moyen très facile d'échapper à la règle prohibitive, elle serait en désaccord complet avec la décision sur la perte des servitudes par une négligence calculée.

D'autres auteurs admettent avec Savigny (*Traité de droit Romain*, tome 4, appendice 9), une autre solution, et c'est la solution que nous adopterons. Ces auteurs mettent un point après les mots *ab eo factæ donationis*, en sorte que la seconde phrase commence à *ipsius mulieris*. La seconde hypothèse, que nous avons indiquée, se terminerait en ce cas au mot *donationis* et la phrase *ipsius mulieris* en commencerait une troisième, celle où la femme a seule connaissance que le bien appartient au mari. On ob-

tient ainsi une solution fort rationnelle, car l'on comprend que dans cette dernière hypothèse, il n'y ait aucun obstacle à l'accomplissement de l'usucapion, il n'est pas défendu à la femme d'usucaper les biens du mari, pourvu que l'usucapion ne procède pas d'une donation.

Que décider lorsque le mari étant en *parfaite connaissance* de l'existence de l'usucapion, la *femme est de bonne foi*? Y aura-t-il donation? Pourquoi pas? Puisque l'avantage procuré par l'omission peut être considéré comme une donation, nous venons de le voir à l'instant, que manque-t-il ici pour qu'il y ait donation? est-ce l'ignorance de la femme? mais nous avons vu dans le début de notre thèse, que l'ignorance du donataire n'était pas un obstacle à la formation de la donation. Il faudra donc admettre dans ce cas l'application de la règle prohibitive, toujours en ce sens, que l'acquisition de la propriété n'aura pas lieu.

CHAPITRE II.

LOI CINCIA ET INSINUATION.

13. — Avant l'établissement de la loi Cincia, rendue vers l'an 550 de Rome, les donations n'étaient soumises à aucune restriction et à aucune forme spéciales, les distinguant des actes à titre onéreux. Il suffisait et il était nécessaire pour que la donation fut parfaite, qu'un moyen de droit fut acquis au donataire à l'effet d'en retirer le bénéfice.

Deux restrictions furent apportées par la loi Cincia. Par la première, dont nous n'avons pas à nous occuper, cette loi prohibait les donations rémunératoires au profit des avocats. La deuxième est la plus importante, elle était relative aux donations.

La loi distinguait suivant que les donations dépassaient ou non un certain *modus*, dont on ignore le quantum, et suivant les personnes auxquelles elles s'adressaient.

Faite à une personne *exceptée* (les personnes exceptées, étaient les plus proches parents), la donation était valable quel qu'en fut le *modus*; faite à toute autre personne la donation n'était parfaite qu'autant qu'elle ne dépassait pas le taux fixé. Dans les autres cas, la donation était *imparfaite*, en ce sens, que si le donataire avait besoin soit, d'une action,

soit d'une exception pour être complètement nanti de la chose donnée, c'est-à-dire pour se faire mettre *soit en propriété, soit en possession* de cette chose, l'action ou l'exception échouaient contre une exception ou une réplique qu'accordait au donateur la loi Cincia. Pour qu'une donation dépassant le *modus* et faite à une personne non exceptée, fut parfaite, il fallait donc que le donateur se soit dessaisi entièrement et de la propriété et de la possession de la chose. On le voit, cette loi subtile ne prenait appui sur aucune base juridique, son but était d'entraver les donations précipitées par des exigences de formes et de provoquer ainsi le donateur à la réflexion.

La loi Cincia tomba peu à peu en désuétude et ne fut plus en vigueur au IV^e siècle; elle fut remplacée par une formalité, qui coexista peut-être avec elle, du moins comme règle facultative, mais qui subsista esule à la fin de l'Empire. Cette formalité était l'*insinuation*; elle consistait dans la transcription de la donation sur un registre public.

L'insinuation fut imposée à peine de nullité pour toutes les donations par l'empereur Constance Chlore (1); mais bientôt elle fut restreinte aux donations dépassant 200 solides.

Cependant les donations entre ascendants et descendants avaient été favorisées par Antonin le Pieux qui décida que la simple convention de donner, cons-

(1) Cod. Théodos., l. 1, L. III, 5.

latée par un écrit remis au donataire serait obligatoire.

Justinien étendit cette faveur : la simple convention de donner écrite ou non écrite était parfaite et procurait au donataire une *condictio ex lege*. Mais l'insinuation fut exigée pour les donations dépassant 500 solides ; l'omission de cette formalité rendait nulle la donation pour le surplus des 500 solides.

Le but de l'insinuation était-il identique à celui de la loi Cincia ? Cette formalité avait-elle été établie surtout pour protéger le donateur contre les donations précipitées ? Sans doute ce motif a dû entrer en ligne de compte dans l'établissement de l'insinuation puisque le donateur pouvait, en se refusant à l'accomplissement de cette formalité rendre nulle la donation. D'ailleurs cette idée de protection était trop dans les mœurs Romaines, pour que celles-ci l'eussent laissé s'éteindre avec la loi Cincia, si elles ne l'eussent revue dans la nouvelle formalité. Nous pensons cependant que le motif principal, le motif déterminant de l'établissement de l'insinuation était tout autre, et que le législateur a été dominé par l'intention de donner aux donations un moyen de *preuve et de publicité*.

L'empereur Constantin dans la constitution rapportée aux *fragmenta Vaticana*, § 249, se préoccupe surtout de la preuve : « Quæ omnia consignare actis
« judicis præstat, ut res multorum mentibus, oculis,
« auribus testata, nullum effugiat, cujus aut scien-

« tiam capiat, aut dissimulationem tegat. » Il ne s'agit pas ici d'un simple écrit, mais bien de l'insinuation *actis judicis*.

Cette preuve publique peut produire d'ailleurs deux effets : celui de préserver le donateur contre les donations inavouables et ainsi l'insinuation se rapproche de l'esprit de la loi *Cincia*, et celui d'éviter les nombreux procès qu'occasionneraient souvent ces sortes d'actes, qui, froissant les intérêts naturels, nourrissent les jalousies et soulèvent les haines.

Tels sont à grands traits, les deux restrictions de formes, que le droit romain a édictées à l'égard des donations.

14. — Ces restrictions diffèrent notablement de la prohibition entre époux ; tandis qu'elles ne sont que des entraves à la formation des donations, entraves que l'on peut toujours surmonter, la prohibition entre époux est un empêchement radical. Mais si la dissemblance existe dans les effets de ces règles, une origine commune les relie. Le législateur a toujours voulu venir à l'aide des irréfléchis et des faibles ; il a voulu donner à chacun toute liberté de rendre inférieure sa position et celle de ses héritiers ; mais en même temps il s'est efforcé de rendre ces dépouillements, ces diminutions de patrimoine indépendants des intrigues et des suggestions, et simplement le fruit d'une véritable libéralité.

C'est pourquoi, lorsque les textes nous manqueront pour déterminer les actes qui régissent la loi *Cincia*

ou l'insinuation, nous pourrions raisonner par analogie et appliquer, à moins de raison spéciale contraire, les décisions admises par les jurisconsultes au sujet de la prohibition entre époux.

Nous suivrons dans ce chapitre le même ordre que dans le chapitre précédent.

15.— Parmi les donations *stricto sensu*, quelques-unes échappent à l'insinuation.

1° Les donations *dotis causa* (1), que le donateur soit un parent ou un étranger. Cette décision n'était admise à l'égard du donateur étranger que depuis Justinien; elle est parfaitement en harmonie avec celle que le droit Romain admet au sujet de l'action Paulienne, comme nous le verrons plus loin;

2° Les donations où l'*Empereur* intervient comme donateur ou comme donataire (2);

3° Les donations pour *causa piissima*, c'est-à-dire pour le rachat des captifs (3);

4° Les donations ayant pour but la reconstruction d'une maison écroulée ou incendiée (4).

Dans ces deux textes, nous voyons qu'il n'est question que de donations en *argent* (*pecunia*); mais la loi, pensons-nous, n'a statué ici que sur le *plerumque fit*, le motif resté le même pour les donations en *nature*.

(1) C. l. 31, L. 5. 12.

(2) C. l. 34 pr., L. 8. 54.

(3) C. l. 36 pr., L. 8. 54.

(4) C. l. 36 § 2, L. 8. 54.

5° Les donations de choses mobilières faites par un *magister militum* à ses soldats, pour récompenser leur courage (1).

On peut se demander si les donations comprises sous les n^{os} 1^o, 3^o et 4^o échappaient aussi à la loi *Cincia*. Les textes nous font défaut ; d'ailleurs l'importance juridique de la question n'existe que pour les donations *dotis causa*. Or il est à présumer que ces donations n'échappaient pas à la loi *Cincia*, puisque, même avant Justinien, l'insinuation était exigée, si le donateur était un étranger et que d'un autre côté, à l'époque où la loi *Cincia* était en vigueur, le mariage ne jouissait pas d'autant de privilèges que sous les empereurs.

Quels sont les actes à titre gratuit, autres que les donations *stricto sensu*, qui tombent sous l'application de la loi *Cincia* et de l'insinuation ?

16. — Donation *mortis causa*. La question de savoir si ces donations étaient soumises à la loi *Cincia* n'a pas été posée expressément dans les textes. — Il est à remarquer d'abord qu'elle ne présente pas d'intérêt, lorsque la donation est révocable au gré du donateur ; si celui-ci meurt sans révoquer la donation, c'est qu'il a entendu la maintenir et la maxime *morte removetur Cincia* reçoit alors son application.

Tout autre est l'hypothèse où la donation ne serait pas révocable par le repentir du donateur mais sim-

(1) C. l. 36 § 1, L. 8. 54.

plement par le prédécès du donataire, la loi *Cincia* peut-elle dans ce cas être invoquée par le donateur ? Pour que la question puisse se poser, il faut admettre qu'une donation, révocable seulement par le prédécès du donataire, n'est pas une donation entre-vifs, car dans ce cas la loi *Cincia* serait applicable sans contestation possible. Quelques auteurs ont refusé ce caractère de donation *mortis causa* à la donation qui nous occupe, il est donc nécessaire de repousser préalablement leur doctrine.

Que cette donation fut soumise sous Justinien aux règles de la donation *mortis causa*, point de doute à cet égard. La question est de savoir s'il en fut ainsi à l'époque classique ; or, plusieurs décisions nous permettent d'affirmer qu'à cette époque la doctrine était la même, les voici :

1^o La loi 16 au titre *De mortis causa donat.*, nous dit qu'une donation à cause de mort peut être faite sous cette condition qu'elle sera révoquée si le donateur revient à la santé ; donc la révocation par le repentir du donateur n'est pas un élément essentiel à l'existence de cette donation ;

2^o La loi 30, au même titre, nous dit que le donateur a une *condictio ex pœnitentia* ou une autre action utile ; n'est-ce pas dire encore que les donations *mortis causa* ne sont pas essentiellement révocables par le repentir du donateur ?

3^o *Sed sic donari potest*, nous dit la loi 13, § 1, *ut non aliter reddatur quam si prior ille, qui*

acceperit, decesserit. — On trouve la même décision dans la loi 35, § 4.

En vain nous objectera-t-on la loi 35, § 2, du même titre ou le § 1 du titre *De donationibus* aux Instit. Ces textes nous disent bien que, dans la *donatio mortis causa*, le donateur préfère aux héritiers le donataire et préfère lui-même au donataire; mais ils ne donnent pas ce fait comme étant le caractère distinctif des donations *mortis causa*, mais plutôt comme le résultat de ce qui se passe généralement, lorsque les donations sont faites « *propter mortis suspicionem* ». La loi 35, précisément, nous dit que la *donatio mortis causa* diffère de cette *absoluta donatio, quæ ita proficiscitur ut nullo casu revoce-*
tur, de cette donation qui n'est révoquée par aucun événement. *Nullo casu revocetur* : la loi ne nous parle donc pas de *résolution* par l'accomplissement d'une condition de la donation, mais bien d'une *révocation*, c'est-à-dire de l'anéantissement de la donation, par la seule arrivée d'un événement, indépendamment de toute condition stipulée. Quel peut être cet événement si ce n'est le prédécès du donataire? La donation qui est nécessairement révocable par le prédécès du donataire, n'est donc pas une donation entre vifs, c'est une donation à *cause de mort*.

Cela posé, revenons à notre question.

Si la donation est exécutée lors de sa formation, en sorte que le prédécès du donataire *résolve* ses

effets, nous pensons que la loi Cincia pourra être mise en mouvement, car le donateur s'est, en définitive, *dépouillé actuellement*, et nous retrouvons pour notre hypothèse les mêmes raisons, qui ont fait établir la loi Cincia pour les donations entre vifs.

Si la donation ne doit produire ses effets *qu'à la mort du donateur*, la difficulté est plus grande, car ce ne sera pas au préjudice du donateur, mais de ses héritiers qu'aura eu lieu le dépouillement, et il peut être douteux que la loi Cincia doive aussi profiter aux héritiers. Nous pensons néanmoins que la maxime *morte removetur Cincia* ne doit pas être entendue d'une façon absolue. Ulpien nous dit au paragraphe 266 des *Frag. Vaticana*, que l'héritier peut l'opposer « *nisi forte durante voluntate decessit donator : tunc enim doli replicationem locum habere imperator noster rescripsit.* » Ainsi pour que la maxime soit applicable, il faut que le silence du donateur fasse présumer qu'il a entendu maintenir la donation. Que conclure de là? — Que le donateur, sans doute, peut manifester sa vie durant, son désir d'annuler la donation, alors même que le dépouillement ne doive nuire qu'aux héritiers; qu'il peut, par suite, invoquer directement et expressément la loi Cincia elle-même.

Ainsi les donations *mortis causa*, qui ne sont pas révocables au gré du donateur, tombent sous l'application de la loi Cincia.

L'argument *a contrario*, que fait valoir la doc-

trine opposée, tirée de ce que les textes qui parlent de la loi Cincia, en parlent à propos de donations entre vifs seulement, me semble insuffisant contre ce raisonnement, car nous n'avons nulle part une théorie complète et générale de la loi que nous étudions.

Ajoutons qu'il serait fort étrange que les donations, les moins irrévocables, soient précisément certaines donations *mortis causa*, où *par exception* le droit de révocation *ad nutum* ferait défaut.

Admettrons-nous la même doctrine pour l'insinuation ?

La constitution précitée de Constantin (§ 249), assujettit formellement la donation *mortis causa* à l'insinuation, *Sive illa donatio directa sit, sive mortis causa instituta*. Justinien au contraire édicte que la donation à cause de mort n'a pas besoin d'être insinuée : *Sancimus omnes mortis causa donationes actis minime indigere : neque expectare publicarum personarum præsentiam*, etc. (1). Le texte est bien formel ; certains auteurs et entre autres, de Savigny, prétendent, en se basant sur la phrase suivante de la constitution, que l'insinuation n'était pas complètement abolie, mais que l'on pouvait choisir entre la formalité de la donation ou la simple constatation de l'acte devant cinq témoins. Ainsi il y aurait eu le choix entre deux formalités. Cette théorie nous semble trop en contradiction avec

(1) C. l. 4, L. VIII. 57.

la phrase impérative que nous venons de citer ; de plus, elle serait trop en opposition avec l'esprit général de la législation de Justinien qui tendait toujours à l'unification, pour que nous puissions l'admettre.

17. — Les actes à titre gratuit, où font défaut, soit *l'appauvrissement*, soit *l'enrichissement*, échappent également à la loi Cincia et à l'insinuation. La raison d'être de nos restrictions n'existe plus, puisqu'il n'y a d'une part aucun danger de suggestions, et que d'autre part l'intérêt pour les héritiers à engager des procès est de très faible importance.

Ainsi la renonciation à une *hérédité ou à un legs* échappe aux règles restrictives ; au surplus la nature même des formes de la loi Cincia et de l'insinuation serait incompatible avec ces sortes d'actes, qui sont essentiellement des actes unilatéraux.

Il en serait de même dans l'hypothèse de la livraison de la *chose d'autrui*, que l'on ne pourrait usucaper.

Un texte vient à l'appui de ces assertions. Il se trouve dans la loi 45 pr. *De jure fisci*, L. 49, titre 14. *In fraudem fisci non solum per donationem sed quocumque modo res alienatæ revocantur; idemque juris est et si non quæraturn: æque eum in omnibus fraus punitur.* » Ces mots *et si non quæraturn* nous indiquent bien que manquer d'acquiescer n'est pas un fait constituant une donation, pas même une aliénation. Or la loi Cincia suppose essentiellement, ainsi que l'insinuation, qu'une chose est

passée du patrimoine du donateur dans celui du donataire.

Nous concluerons de même pour les actes qui contiennent un appauvrissement et non un enrichissement; il existe même ici une autre raison : le fait d'un appauvrissement, non suivi d'enrichissement ne peut guère se produire que lorsque la chose passe *extra commercium* comme l'esclave, donné sous condition d'affranchissement immédiat, le terrain donné pour sépulture. La faculté d'anéantir un pareil acte compromettrait l'ordre public, elle ne peut être accordée.

18. — La question est plus délicate pour les actes, qui sans être des donations *stricto sensu*, renferment à la fois un *appauvrissement et un enrichissement réels*.

La logique veut que nous appliquions la loi Cincia et l'insinuation, car toutes les raisons d'être de ces règles restrictives existent autant dans notre cas que dans les donations que nous avons appelées *stricto sensu*, et, que les Romains n'avaient ici aucun motif d'atténuer la rigueur de la règle, comme lorsqu'il s'agissait de prohibition entre époux et de concilier cette atténuation avec la logique des principes au moyen d'une distinction subtile du capital et des revenus.

Aussi, voyons-nous que les donations *de fruits* sont soumises à la loi Cincia et à l'insinuation. « *Si vero non fundum sed fructus perceptionem tibi donem fructus percepti venient in computationem dona-*

tionis (1) . » Ces mots *in computationem donationis*, indiquent bien qu'il est question d'un *modus* c'est-à-dire de nos règles de formes.

De même, dans cette loi, Pomponius nous dit que l'*habitation gratuite* dans les maisons d'autrui est un fait constituant une donation. Il est bien évident que le jurisconsulte se place toujours au même point de vue que dans le paragraphe 1, c'est-à-dire qu'il vise les règles restrictives.

Ainsi voilà deux différences notables avec la règle de la prohibition entre époux; quant à *la remise des intérêts*, on doit admettre d'après la loi 23, du titre *De donationibus*, que nous avons déjà citée *supra*, que la décision est la même que pour la première règle : *Nec ex summâ quantitatis aliquid vitii incurrere*. La raison de cette règle tient peut-être à ce que la loi regardait d'un mauvais œil le prêt à intérêt.

Cependant il est à remarquer que la loi 9, § 1, ne nous parle pas d'une donation d'usufruit; *non fundum*, le fonds reste intact, mais la simple *perception des fruits*, le mode indiqué pour la computation n'est, en effet, pas celui qui est applicable à l'usufruit, comme nous le verrons plus tard. Il s'agit donc d'un droit purement personnel, du commodat d'un bien rural par exemple, où le donateur abandonne tous les fruits. L'abandon des fruits est un fait par pacte *in*

(1) D. l. 9 § 1, L. 39. 5.

continenti au contrat de commodat, qui est de bonne foi, et participe ainsi de sa force. Il est difficile dès lors de voir comment pourra s'exercer le privilège de la loi Cincia, si la chose est immobilière. Et, en effet, le contrat s'est formé par la remise de la chose ; si le commodant réclame la possession de la chose ou les fruits produits par elle, le commodataire répondra par une défense au fonds, contre laquelle ne peuvent triompher les moyens de la loi Cincia, donc en général la loi Cincia ne sera pas applicable au commodat d'une chose immobilière. Il n'en serait pas de même, si la chose livrée était mobilière, un esclave par exemple ; dans ce cas, le commodant pourrait se faire mettre en possession par l'interdit *utrubi*, et repousser l'action du commodataire par l'exception *legis Cinciae*.

On peut faire la même observation à l'égard du dépôt, lorsque l'emplacement où se trouve l'objet déposé, est assez considérable, pour être d'un grand préjudice pour le dépositaire.

19. — Donations déguisées.

1^o Sous forme de vente.

Ce sera au donateur à prouver le déguisement de la donation ; mais cette preuve une fois établie, il pourra se servir de la loi Cincia, ou invoquer le défaut d'insinuation. Nous avons vu que la règle prohibitive entre époux, s'appliquait dans cette hypothèse, et certainement le législateur était moins sévère dans l'application de cette règle, que dans

l'application de celles que nous étudions en ce moment.

2^e Donation par *omission*.

Les formes de la loi Cincia et de l'insinuation seront en général inapplicables à ces sortes d'actes. D'abord la négligence ne peut créer des droits que par l'usucapion et la prescription, qui une fois accomplies, ne laissent au véritable propriétaire ni propriété, ni possession ; donc la loi Cincia ne pourra être mise en jeu.

On comprend encore plus que les donations par omission échappent à la formalité de l'insinuation, qui est la transcription de l'acte concédant le droit. Cette transcription suppose évidemment un acte positif.

Cependant l'on pourrait donner dans ces hypothèses au donateur une *condictio* par analogie de la décision d'Ulpien, l. 45 au titre des donations entre époux, toujours par cette raison d'*a fortiori*, que le législateur s'est montré moins rigoureux pour la première règle que pour les autres.

20. — Il nous reste une question à examiner. La loi Cincia et l'insinuation supposent des donations dépassant un certain *modus*. Ces formalités s'appliquent-elles aussi aux actes dont le *modus* est indéterminé ? Oui, car d'après nous, il n'y a pas à proprement parler, de *modus* indéterminé. Je donne un usufruit ; si au même moment le donataire le vend, le prix auquel il aura été vendu, représentera

évidemment la valeur dont je me suis dépouillé, et suivant que cette valeur dépassera le *modus* ou lui sera inférieure, il y aura lieu ou non à l'application de nos règles. Si l'usufruit n'est pas vendu à ce moment, on peut cependant évaluer le prix auquel il serait vendu, et c'est cette évaluation, qui servira de base à l'établissement du *modus*. Il en sera de même pour la donation d'un immeuble, qu'on était en voie d'usucaper. Cependant Justinien nous donne sur l'insinuation de la donation d'une rente viagère une décision toute différente : Le *modus* dans ce cas doit être déterminé par la valeur de l'annuité; or cette détermination est bien inférieure à celle que nous avons admise pour l'usufruit (1). Cette décision contredit-elle notre système ?

Cette décision ne détruit pas notre système, car d'abord elle n'est relative qu'à l'insinuation, et elle était même contestée avant Justinien, comme il nous le dit lui-même ; elle est donc toute restreinte. Elle n'est pas en second lieu applicable à l'usufruit, dont le revenu annuel subit des variations, que ne subit point la rente. Enfin notre système est en parfaite harmonie avec le procédé que l'on employait pour calculer la Falcidie. Gaius dans la loi 73, § 1 du titre *Ad legem Falcidiam*, nous indique en effet trois moyens de calculer la quarte dans l'hypothèse de valeurs incertaines, et parmi ces trois moyens, l'éva-

(1) C. l. 34 § 4, L. 8. 54.

luation de la chose par sa valeur vénale au jour du décès est seule applicable à l'usufruit. De même Ulpien nous indique en détail dans la loi 68 pr., au même titre, la manière d'estimer l'usufruit d'après l'âge de l'usufruitier. Il ne faut donc voir dans la décision de Justinien sur la rente viagère, qu'une anomalie regrettable. La valeur d'un usufruit doit toujours s'estimer d'après sa valeur vénale au jour de la donation.

On peut déduire de là, que pour la *computatio* du *modus* il ne faut tenir aucun compte du plus ou moins de fruits perçus ; cette observation confirme ce que nous avons dit à propos de la loi 9, § 1 au Digeste, liv. 39, titre 5, cette loi ne peut viser une donation d'usufruit.

CHAPITRE III.

RÉVOCATION DES DONATIONS POUR CAUSES DÉTERMINÉES.

21. — En supposant une donation que les formalités de la loi *Cincia* ou de l'insinuation ne puissent atteindre, en supposant en outre que pareille donation ne soit pas intervenue entre conjoints, il peut néanmoins se présenter plusieurs cas où sa *révocation* pourra être demandée.

La révocation pourra être demandée par le *donateur* lui-même dans deux cas :

1^o Dans le cas de *survenance d'enfants*, s'il est le patron du donataire ;

2^o Pour cause d'*ingratitude* du donataire.

Elle pourra être demandée par les *héritiers* du donateur, lorsqu'elles compromettront la part *légitime* qui doit leur revenir, mais ici ce sera plutôt une réduction de la donation, car la donation n'est révoquée que pour ce qui excède la légitime, la révocation n'est que partielle. *Pro dimidia parte revocari* (1).

Nous examinerons successivement ces trois cas de révocation dans trois sections distinctes.

I. — *Survenance d'enfants.*

22. — La révocation pour cause de *survenance*

(1) D. I. 87 § 3, L. 34.

d'enfants ne s'applique d'après nous qu'à une catégorie d'actes très-restreinte, aux actes qui interviennent entre *patron* et *affranchi*.

Cette opinion qui est celle de Vinnius et de Pothier a été très-contestée et même la majorité de nos anciens auteurs, Cujas, Ricard, Tiraqueau, admettaient l'opinion contraire; ils pensaient que cette cause de révocation était générale et s'appliquait quelles que fussent les personnes qui avaient été parties dans la donation.

C'est sur cette doctrine que s'est appuyé l'art. 960, de notre Code civil. « C'est avec grande raison, disait Jaubert au Tribunat, que les Romains avaient dit que la condition de révocation pour survenance d'enfants était sous-entendue dans la donation. »

La révocation pour cause de survenance d'enfants est énoncée au Code dans la loi 8 du titre *De revocandis donationibus* (1) rendue sous Constance. Elle est ainsi conçue :

« Si unquam libertis patronus filios non habens
« bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit
« donatione largitus, et postea susceperit liberos, totum,
« quidquid largitus fuerit, revertatur in ejusdem
« donatoris arbitrio ac ditione mansurum, »

On le voit : non seulement l'hypothèse prévue par le texte est toute particulière; mais la forme même de la phrase indique bien un cas tout exceptionnel,

(1) C. l. 8, L. 8 56.

si *unquam*, si *jamais il arrive* qu'un patron, etc. Nos anciens auteurs avaient-ils donc trouvé une loi Romaine qui édictât la révocation pour le cas général? — Non, assurément. — Sur quels arguments pouvaient-ils alors appuyer leur doctrine?

Un premier argument était tiré du motif de la loi *Si unquam*. Tel qui se dépouille volontiers en faveur d'un étranger, alors qu'il n'a pas encore ressenti l'affection qu'un père a pour ses enfants, se trouvera plus tard en proie au repentir, si des enfants lui surviennent. Ce motif existe quelle que soit la personne du donataire, qu'il soit ou non l'affranchi du donateur.

Ce qui confirme bien que telle était la doctrine Romaine, ajoutent les auteurs, que nous avons cités, c'est qu'une loi des Lombards, rendue sous Rotharis, cent ans environ après la loi de Constance, édicte la révocation pour le cas général (Lib. 2, *legis Longobardorum*, tit. 14, liv. 13). — Le droit des Lombards n'était pas un droit original, mais un droit inspiré par la législation Romaine, et si la loi de Rotharis était générale, c'est que tout au moins le principe était admis à Rome.

S'appuyant sur cette idée, on rechercha si les textes ne présentaient pas quelques décisions qui manifestassent une pareille doctrine. On crut en trouver dans la loi 102, au titre *De conditionibus et demonstrationibus* (1) et dans la loi 30 au Code *De*

(1) D. I. 102, L. 35. 1.

fideicommiss. (1). Examinons les hypothèses prévues par ces textes :

Voici l'espèce de la loi 402. Un grand-père avait institué pour héritiers son fils et le petit-fils, qu'il avait eu d'un enfant prédécédé, sous cette condition que si le petit-fils venait à mourir avant trente ans, sa part devrait être ajoutée à celle de son oncle. Le petit-fils meurt avant trente ans, mais laisse des enfants; Papinien décide que la substitution dans ce cas sera révoquée, car la condition de la révocation était *sous-entendue*.

Dans la loi 30, Justinien ne fait que confirmer la doctrine émise par Papinien.

Ainsi, concluent nos anciens auteurs, soit dans la raison même, soit dans le Digeste, soit dans le Code, nous trouvons la preuve que la loi *Si unquam* était généralisée dans la législation Romaine.

Reprenons ces arguments. On ne peut d'abord nier sans contredit, que souvent la survenance d'enfants détermine le repentir du donateur. Mais le repentir est-il suffisant pour faire tomber une donation? De nombreuses entraves ont été apportées par les lois à la formation de cette donation, le donateur a pu réfléchir à tous les motifs de regrets qu'il pourrait avoir dans l'avenir; il a pu notamment se faire à l'idée qu'il pourrait avoir des enfants; s'il a donc agi à la légère, à lui incombe la faute. D'un autre côté,

(1) C. l. 30, L. 6. 42.

au contraire, le donataire confiant dans la donation, a accru ses dépenses de chaque jour en rapport avec sa nouvelle fortune, et si la donation vient à s'anéantir, il reviendra à une position pire que celle dont il jouissait avant cette donation; doit-il souffrir ainsi de ce préjudice considérable, par cette raison qu'il survient des enfants au donataire? — Non, assurément et si la loi *Si unquam* édicte une telle injustice, remarquons bien qu'elle ne l'édicte qu'à l'égard des affranchis. On sait que ceux-ci étaient peu considérés à Rome, que leurs droits étaient excessivement restreints; aussi leur succession passait-elle à leurs patrons; on ne doit donc pas s'étonner de la dureté de la loi pour eux, mais on ne peut étendre au droit commun cette décision d'exception.

L'argument, tiré de l'existence de la loi des Lombards, serait assez sérieux, si réellement on trouvait quelques textes Romains venant la corroborer; car, si le droit des Lombards n'était pas original dans ses principes et dans l'initiative juridique, il pouvait parfaitement étendre ou restreindre certaines décisions Romaines.

Tout revient donc à discuter la loi 102. Notre réponse sera bien simple: l'hypothèse prévue vise une question de *testament*, non une question de *donation*. L'on comprend parfaitement que la condition de révocation, sous-entendue dans le premier cas, ne le soit pas dans le second. Si dans l'espèce, le petit-fils meurt en laissant des enfants, et que le testa-

teur ne révoque pas son testament, c'est bien qu'il entend maintenir l'institution et que son intention dans le testament avait été de sous-entendre la question. En outre aucun préjudice n'est apporté au substitué, car il n'a jamais pu compter d'une façon certaine sur l'héritage. Rien de semblable ne se passe en matière de donations ; et l'on ne peut étendre par analogie des décisions si rigoureuses à des hypothèses si différentes.

Ainsi nous semblent réfutés les arguments de l'opinion adverse ; tâchons d'établir la nôtre par quelques preuves directes.

Une première preuve peut se tirer d'un texte des *Canones Apostolorum* (1). Dans ce texte, nous voyons que Saint Augustin envoie ses félicitations à Saint Aurèle, évêque de Carthage, pour avoir rendu à un donateur, à qui étaient survenus des enfants légitimes, des biens précédemment donnés à l'Eglise : « *In potestate*, dit Saint Augustin, *habebat non reddere, sed jure fori, non jure poli.* » Peut-on soutenir après la lecture de ce texte, que le droit Romain, *jus fori*, reconnaissait la révocation pour survenance d'enfants ?

Enfin la découverte des *fragmenta Vaticana* est venu jeter un nouveau jour sur la question. Lisons dans ces fragments une constitution de l'empereur Philippe, qui doit être la loi *Si unquam* dans sa teneur primi-

(1) Décret. part. 2 *causa* 17 *quæstio*, *casum* 43.

tive : *Inter patronos et libertos de jure donationem tractari non oportet, cum, etsi perfectis donationibus in possessionem inductus libertus quantolibet tempore ea quæ sibi donata sunt, pleno jure ut dominus possiderit, tamen omnis donatio mutata patronorum voluntate revocanda est* (§ 272). C'est bien là l'esprit de la loi *Si unquam*, mais dès le principe le donateur put révoquer à son gré les libéralités faites à son affranchi ; sous l'empereur Constance ce droit fut restreint, quant à ses effets, et l'on ne peut supposer qu'il fut en même temps étendu quant aux personnes qui y étaient soumises.

Ainsi donc relativement aux personnes le droit de révocation pour survenance d'enfants est tout à fait exceptionnel ; en est-il de même relativement aux actes ? Nous n'avons guère de textes nous dictant la réponse.

23. — Nous admettons que les donations *mortis causa* peuvent être révoquées, par une raison d'à *fortiori* tirée de la loi 102 que nous avons expliquée : nous parlons évidemment de celles qui ne peuvent pas être révoquées par la simple volonté du disposant ; pour elles la question ne se pose pas.

En outre, nous admettrons la révocation toutes les fois qu'il y aura donation dans le sens le plus *large* du mot, que l'acte soit positif ou négatif, qu'il porte ou non sur l'étendue des biens. Les Romains en effet, avec l'idée qu'ils se concevaient des affranchis, n'avaient aucun motif d'atténuer la rigueur

de leur principe en ayant recours à une subtilité, la destruction d'une donation étroite et d'une donation plus large.

Néanmoins la répudiation d'une hérédité ou celle d'un legs ne pourra être considérée comme non avenue par l'effet d'une survenance d'enfants. Il n'y a pas d'abord ici appauvrissement, pas même sur les revenus (toujours au point de vue romain), puisque les biens de l'hérédité ou les biens légués, ne sont jamais entrés dans le patrimoine du renonçant ; d'un autre côté, il n'y a pas de libéralité à l'égard de l'affranchi, car au moment de la renonciation on ne pouvait savoir qui accepterait.

Le déguisement enfin sous forme de vente ne peut faire obstacle à la révocation, par analogie de ce qui a été dit pour la prohibition entre époux.

II. — *Révocation pour cause d'ingratitude.*

24. — Une constitution de l'empereur Philippe avait établi la révocation pour *ingratitude* à l'égard seulement des donations entre patron et affranchi (1).

Ce droit fut ensuite étendu au père et à la mère (année 349), puis aux autres ascendants (année 246).

Justinien la généralisa dans la loi 10, au titre *De revocandis donationibus*.

« Generaliter sancimus omnes donationes, lege

(1) C. l. 4, L. 8, 51.

« confectas, firmas illibatasque manere, si non donatoris acceptor ingratus circa donatorem iniuriatur, ita ut, etc. »

Et l'empereur établit les faits constituant l'ingratitude ; ce sont : 1° L'injure atroce contre le donateur ; 2° les violences matérielles ; 3° la mise en péril de son existence ; 4° le préjudice causé à sa fortune ; 5° l'inexécution des charges. Mais sur ce dernier point, il est contesté que Justinien ait eu en vue d'abroger les règles de la *donatio sub modo* pour ne plus donner au donateur qu'une action personnelle et intransmissible ; aussi ne considère-t-on pas en général l'inexécution des charges comme étant un fait d'ingratitude.

Enfin vient à la suite la raison juridique de la disposition :

« Ne sit cuiquam licentia et alienas res capere et frugalitatem irridere donatoris et ipsum iterum donatorem suasque res perdere et præfatis malis ab ingrato donationis acceptore affici. »

On le voit la cause de révocation est ici générale, *generaliter sancimus*. L'opposition qui existe entre ces expressions et celles de la loi 8, dans le même titre, nous confirme bien dans notre opinion, à savoir que cette dernière loi est tout-à-fait exceptionnelle.

25. — A quels actes s'applique la révocation pour cause d'ingratitude ?

La question ne se pose pour les donations *mortis*

causa, que lorsque la donation tombe seulement par le prédécès du donataire. Dans ce cas, pour les raisons que nous avons déjà indiquées, nous admettrons que la donation pourra être révoquée pour cause d'ingratitude.

Que l'acte soit positif ou négatif, qu'il soit ou non déguisé, peu importe, le principe subsiste toujours, il y aura toujours injustice à ce que le donateur conserve le bénéfice d'un acte généreux, tout en se montrant ingrat envers son bienfaiteur et il n'est besoin de recourir à aucune subtilité pour atténuer la rigueur de cette règle toute morale.

Nous appliquerons de même la révocation à la donation la plus large, faisant toujours la même réserve sur la répudiation de l'hérédité ou du legs.

En déduisant du fondement de cette révocation toutes ses conséquences, on devrait même admettre que la révocation doit atteindre l'acte à titre gratuit, lorsque l'avantage procuré n'est pas susceptible d'une appréciation pécuniaire. La révocation est en effet une peine pour le donataire : il n'est pas précisément question de remettre les fortunes dans leur état primitif, car si le donateur garde le silence, ses héritiers ne pourront exercer l'action (L. 10); le but de la loi est uniquement de sévir contre celui qui a reçu un bienfait et s'est montré ingrat, ce qui n'exige pas que le bienfait soit appréciable en argent.

Le texte semble confirmer cette opinion : *Alienas*

res capere ne signifie pas *s'enrichir*, mais faire sortir du *patrimoine d'autrui*. Remarquons cependant qu'il faut toujours appauvrissement chez le donateur : *Suas res perdere*; aussi l'hypothèse que nous citons se présentera rarement, car alors la chose donnée passera presque toujours *extra commercium* et la révocation ne pourra avoir lieu que si, par un motif quelconque, la chose venait à rentrer dans le patrimoine du donataire.

III. — Réduction au profit des légitimaires.

26. — Les légitimaires avaient le droit d'attaquer comme *inofficieuses* les donations qui compromettaient la *légitime*.

Cette action fut créée par Alexandre Sévère pour suppléer à la *querela inofficiosi testamenti*, au cas où le patrimoine du *de cujus* aurait été diminué par des donations entre vifs (1). Cette action, n'étant qu'un développement de la *querela testamenti*, était simplement accordée si le donateur avait laissé un testament. Plus tard, en 258, les empereurs Valérien et Gallien étendirent le droit d'intenter cette action aux héritiers légitimaires *ab intestat* (2). En 286, Dioclétien et Maximien accordèrent même au donateur le droit d'obtenir une *restitutio in integrum*,

(1) D. l. 87 § 3, L. 31. 1.

(2) C. l. 3, L. 3. 29.

lorsqu'il ne serait plus protégé par la loi *Cincia*, et cette action put être transmise aux héritiers (1). Aussi les héritiers eurent à la mort du donateur deux actions : la *restitutio in integrum* et la *querela ad exemplum inofficiosi testamenti*; les deux actions étaient subsidiaires et ne venaient qu'à défaut de toutes autres; entre elles, comme l'*in integrum restitutio* naissait nécessairement la première, elle devait être accordée avant la *querela*.

Ces diverses actions n'étaient données que pour réduire les donations immodérées, *ob improbabilem donationis enormitatem*. Elles étaient toutes dans l'intérêt des légitimaires; cependant la *restitutio* pouvant aussi profiter au donateur, on peut croire que vers la fin de l'Empire l'action donnée fut comme un complément de la loi *Cincia*.

27. — La *restitutio in integrum* étant encore plus favorable au donateur que la loi *Cincia*, devait évidemment s'étendre d'abord à tous les actes, qui tombaient sous le coup de cette dernière loi.

Elle devait en outre atteindre la donation *mortis causâ* sous condition résolutoire du prédécès du donataire, puisqu'elle était aussi établie dans l'intérêt des héritiers.

De même les donations par *omission* qui échappaient à la loi *Cincia*, tombaient sous le coup de la restitution.

(1) C. l. 4, L. 3. 29.

Quant à la *querela*, elle devait évidemment s'appliquer aux mêmes actes que la *restitutio in integrum*, puisqu'elle était accordée subsidiairement à cette dernière.

Ainsi ces actions faisaient tomber toutes les donations, pourvu qu'elles renfermassent un dépouillement et un enrichissement appréciables en argent sans distinguer, si l'acte modifiait l'étendue des biens ou les revenus. Mais il fallait toujours un appauvrissement et la répudiation d'une hérédité ou d'un legs, la livraison du bien d'autrui que l'on ne pouvait usucaper, restaient inattaquables devant ces actions.

CHAPITRE IV.

ACTION PAULIENNE.

28. — On sait qu'une action était donnée aux créanciers pour faire rescinder les actes accomplis par leur débiteur en fraude de leurs droits. Cette action était appelée *Paulienne*.

Pour être recevable en cette action, il fallait que le créancier prouvât : 1^o Le *préjudice* qui lui était causé ; 2^o la *connaissance* par le débiteur du mauvais état de ses affaires (1).

Ces deux conditions étaient exigées, que l'acte ait été consenti à titre onéreux, ou qu'il l'ait été à titre gratuit ; mais une troisième condition était exigée pour la rescision des actes de la première catégorie : *la complicité de fraude* chez l'ayant-droit du débiteur.

« Simili modo dicimus, et si cui donatum est, non
« esse quærendum, an sciente eo, cui donatum, ges-
« tum sit ; sed hoc tantum an fraudentur creditores ?
« Nec videtur injuria affici is cui ignoravit ; cum lu-
« crum extorqueatur, non damnum infligatur (2). »

Une constitution de Dioclétien et de Maximilien reproduit au Code la même distinction (3).

(1) D. l. 1. pr., L. 42. 8.

(2) D. l. 6 § 11, L. 42. 8.

(3) C. l. 5, l. 7. 75.

Ainsi les donations étaient plus facilement rescindables que les actes à titre onéreux, et il était inutile de prouver la complicité de l'ayant-droit. Nous trouvons donc dans l'action Paulienne une règle spéciale aux *donations*; voyons à quels actes en réalité cette règle s'appliquait.

29. — Elle s'appliquait d'abord aux donations *stricto sensu*, mais une grande controverse s'éleva en droit Romain, controverse qui s'est d'ailleurs continuée dans notre législation, à propos d'une donation particulière la *donatio dotis causâ*.

Les créanciers du constituant devront-ils considérer la constitution comme régie par les règles des donations?

Une grande distinction est d'abord faite entre le mari et la femme.

A l'égard du mari, il paraît ne pas y avoir eu doute : la constitution est regardée comme un acte à titre onéreux. « In maritum autem qui ignoraverit, nous
« dit Venuleius, non dandam actionem, non magis
« quam in creditorem, quid a fraudatore quod ei
« deberetur acceperit, cum is indotatam uxorem
« ducturus non fuerit (1). »

Le mari est considéré comme un ayant-droit à titre onéreux, nous dit le jurisconsulte, car si l'épouse avait été sans dot, il n'aurait pas consenti à l'épouser. Repoussant l'action Paulienne, il luttera

(1) D. I. 25 § 1, L. 42. 8.

de damno vitando, et sera absous, s'il n'est démontré qu'il a été complice.

A l'égard de la femme, la question est plus douteuse. Dans la même loi, Venuleius nous dit : « At
« si neuter scierit, quidam existimant, nihilominus
« in filiam dandam actionem : quia intellegitur
« quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse :
« aut certe cavere eam debere, quod consecuta fue-
« rit se restitutam. » Ainsi certains pensaient que l'action était donnée indépendamment de toute complicité, car la femme devait toujours s'attendre à restituer; d'autres étaient d'un avis différent. Quelle est l'opinion qui triompha? Nous ne le savons guère. Le paragraphe suivant semblerait cependant faire pencher pour la première opinion : le jurisconsulte fait l'hypothèse où un étranger constitue en fraude des droits des créanciers une dot à une fille de famille, et examinant ce que devient l'action Paulienne à l'égard du mari, de la femme et du père de famille, il s'exprime ainsi : « Tenebitur ma-
« ritus, si scierit, æque mulier, nec minus et pater
« si non ignoraverit. » Ainsi pour le mari et le père, il est bien précisé qu'ils doivent avoir *connaissance* de la fraude; quant à la femme, il est dit simplement qu'elle sera tenue *également*. Cela veut-il dire qu'elle sera tenue dans les mêmes conditions que le mari? Mais pourquoi ne pas s'exprimer alors de même à l'égard du père? Avouons cependant qu'il n'y a là aucun argument sérieux et

que nous n'osons nous prononcer sur cette question de droit.

Examinons maintenant les autres actes à titre gratuit.

30. — Et d'abord il est nécessaire que l'acte renferme un appauvrissement, à son défaut il n'y aurait pas de préjudice causé. Cette observation s'applique également aux actes à titre onéreux; cependant la distinction de l'acte qui renferme un appauvrissement de celui qui n'en contient pas, est bien plus délicate et plus importante en ce qui concerne les actes à titre gratuit. Un contrat à titre onéreux, à moins qu'il ne déguise une libéralité, donnera en échange d'un bien transmis, un bien à peu près *équivalent*, et si la différence des valeurs des biens échangés est considérable, celui au détriment duquel aura eu lieu l'échange *se sera trompé*, l'action Paulienne ne pourra être donnée contre lui. Aussi cette action, aux prises avec les actes à titre onéreux, ne peut-elle guère susciter la question de savoir s'il y a eu appauvrissement; elle ne sera en général donnée contre ces actes, que si le bien rentré en échange dans le patrimoine du débiteur est, comme l'argent par exemple, de nature à être plus facilement soustrait au gage des créanciers que le bien qui en est sorti. Nous avons donc bien le droit d'étudier ici la question d'appauvrissement, comme étant spéciale aux donations.

Pour que l'action Paulienne soit accordée, il faut

d'abord qu'il y ait appauvrissement au sens *Romain* du mot.

Ainsi la répudiation d'une hérédité ou d'un legs échappent à cette action. *Noluit enim adquirere, non suum patrimonium diminuit* (1).

De même, si un débiteur était lui-même *créancier conditionnel* et que, frauduleusement, il n'ait pas accompli la condition imposée, l'action Paulienne ne serait pas recevable, car le débiteur aura simplement négligé d'augmenter son patrimoine (même loi, § 1). Le patrimoine n'est pas diminué puisque, *pendente conditione*, le droit n'existe pas, il n'y a qu'une simple espérance; la chose n'est jamais entrée dans la propriété du créancier conditionnel. Remarquons que la question ne se pose évidemment qu'autant que la condition est moins onéreuse que l'avantage stipulé.

Nous trouvons la généralité de cette règle établie dans un texte du Digeste : « Quod autem, cum possit
« aliquid quærere, non id agit, ut adquirat, ad edic-
« tum non pertinet : pertinet edictum ad demi-
« nuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id
« agunt ne locupletentur (2). »

Faut-il conclure de là à la nécessité d'un appauvrissement, dans le sens le plus *strict* du mot, c'est-à-dire d'un appauvrissement portant sur *l'étendue même des biens* ?

(1) D. l. 6 § 2 et 4, L. 42. 7.

(2) D. l. 6 pr., L. 42. 8.

Ainsi la livraison en commodat d'une maison d'habitation ou d'un bien rural pourra-t-elle être attaquée par les créanciers, si ceux-ci prouvent qu'un préjudice leur a été causé?

On pourrait être tenté de dire que, dans ces hypothèses, le débiteur ne fait que négliger d'acquérir, qu'il ne diminue nullement son patrimoine ; mais nous répondrons que l'augmentation des biens par les revenus qu'ils peuvent produire n'est pas une augmentation provenant d'une cause extrinsèque à ces biens, d'une cause sur laquelle les créanciers ne puissent compter, comme l'augmentation par acceptation d'une hérédité ou d'un legs. Le propriétaire en profite sans aucun acte spécial de sa volonté ; il n'y a là aucune augmentation accidentelle et celle-ci est contenue en germe dans les biens eux-mêmes et les biens en provenant peuvent être considérés par les créanciers comme faisant partie intégrante de son patrimoine. Cependant les créanciers n'auront jamais intérêt à faire résoudre ces sortes d'actes, car en se faisant envoyer en possession, ils dessaisissent par là même le commodataire de l'exercice de ses droits ; celui-ci n'aura plus qu'un simple recours contre le commodant, l'action Paulienne serait superflue.

31. — Le défaut d'*enrichissement* modifie-t-il l'exercice de l'action Paulienne ? La loi 18 du titre *Quæ in fraudem*, nous cite l'hypothèse d'une

(1) D. l. 3, § 1 et 2. l. 4. L. 42. 8.

remise de gage par le mari et la femme ou inversement, et nous dit que l'action est donnée aux créanciers pour faire rescinder cette remise. Or, il y a dans cette hypothèse un acte gratuit sans enrichissement puisqu'il est permis entre mari et femme. L'action Paulienne est ainsi donnée à l'effet de faire rescinder les actes à titre gratuit indépendamment de tout enrichissement.

La complicité en outre n'aura pas besoin d'être prouvée, *quia non damnum infligatur*. S'il y a en effet acte à titre gratuit sans enrichissement, la rescision sera moins préjudiciable au bénéficiaire que si cet acte avait produit un enrichissement. Or la preuve de la complicité n'est pas nécessaire dans ce dernier cas ; à *fortiori* ne l'est-elle pas dans le premier.

32. — S'il y a eu donation déguisée sous forme de vente, l'acheteur aura été nécessairement complice ; il suffira donc de prouver le *déguisement* pour faire rescinder cet acte.

33. — Pour des raisons spéciales, certains actes gratuits renfermant un appauvrissement ne peuvent être attaqués par l'action Paulienne :

1° A raison de l'importance que les Romains attachaient à l'hérédité, les créanciers ne pouvaient faire rescinder l'acceptation par leur débiteur d'une succession insolvable : « Quæsitum est an interdum
« etiam heredis creditores possunt separationem
« impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit
« hereditatem? Sed nullum remedium est proditum :

« sibi enim imputent qui cum tali contraxerunt : Nisi
« si extra ordinem putamus prætorem adversus cal-
« liditatem ejus subvenire, qui talem fraudem com-
« mentus est ; quod non facile admissum est (1). »

2° Si un institué grevé d'un fidéicommiss universel acceptel'hérédité et la restitue en entier sans conserver la *quarte Pégasienne*, à laquelle il a droit, ses créanciers ne peuvent intenter l'action Paulienne (2). Cependant, dès que le grevé avait accepté l'hérédité, son droit à la quarte avait été acquis, et cette quote-part de l'hérédité était entrée dans son patrimoine ; il y avait donc appauvrissement, pourquoi refuser l'action ? On peut dire qu'il y a là une exception aux principes généraux en faveur du respect de la volonté présumée du testateur et que d'ailleurs les créanciers n'avaient pas dû compter sur cette quarte que le grevé aurait pu refuser, en ne faisant pas adition, sur l'ordre du fidéicommissaire.

34. — A l'inverse, par exception, certains actes onéreux peuvent être rescindés, indépendamment de toute complicité. Ce sont les actes intervenus entre le tuteur et le pupille (3), « quia pupilli ignorantia, « qua per ætatem contingit, non debet esse captiosa
« creditoribus et ipsi lucrosa. »

35. — Nous avons terminé notre travail.

(1) D. l. 1 § 5, L. 42. 6.

(2) D. l. 20, L. 42. 8.

(3) D. 6 § 10, L. 42. 8.

Nous avons vu que pour qu'il y ait donation il fallait d'abord qu'il y ait *diminution actuelle* du patrimoine du disposant; que le fait de *manquer d'acquérir*, lorsque la cause d'acquisition était *extrinsèque* aux biens, ne pouvait être considéré comme un acte soumis aux diverses règles spéciales aux donations.

Nous avons vu en second lieu que la règle de la prohibition entre époux avait paru aux Romains trop rigoureuse pour être appliquée sans atténuation; que dans ce but, ils avaient, à l'aide d'une subtilité, distingué si la diminution du patrimoine portait sur les biens eux-mêmes, c'est-à-dire sur le capital ou sur les revenus. Nous avons montré que cette distinction fort peu rationnelle n'était qu'un subterfuge, familier aux Romains, créé uniquement dans le but de diminuer les effets de la loi, sans toucher à la loi elle-même, que cette distinction n'avait par suite aucune raison d'être à l'égard des autres règles, où n'existaient plus les motifs d'une pareille atténuation.

Nous pouvons donc conclure que la donation *stricto sensu*, telle que nous l'avons définie au début de notre thèse, est la seule qui en général soit soumise à toutes les règles. Mais si l'on met en dehors de ces règles, celle de la prohibition entre époux, tout acte emportant *appauvrissement et enrichissement*, au sens large du mot, rentrera sous l'application des règles des donations, pourvu que par leurs

formes ces règles soient susceptibles d'être appliquées à l'acte à atteindre. Même, bien souvent, en cas d'incompatibilité, nous avons vu le législateur apporter un remède à l'inefficacité directe de la loi.

Telle est la conclusion *générale* qui nous semble résulter de l'étude des textes, réserve faite de toutes les exceptions que nous avons mentionnées.

DANS QUELLE MESURE

LES DONATIONS OU AVANTAGES

FAITS AUX FUTURS ÉPOUX PAR LE CONTRAT DE MARIAGE

PARTICIPENT-ILS DU CARACTÈRE ET DES RÈGLES

DES CONTRATS A TITRE ONÉREUX

PRÉLIMINAIRES.

1. — L'on trouve parfois dans les contrats de mariage des clauses qui constituent, au profit de l'un ou l'autre des futurs époux, les unes des donations, les autres sinon des donations, du moins des avantages de fait. Ces donations, ces avantages sont-ils soumis à l'application des règles qui régissent les donations ordinaires? — ou participent-ils au contraire du caractère à titre onéreux du contrat, qui les renferme? Le contrat de mariage, en d'autres termes, modifie-t-il à l'égard des dispositions qu'il contient, les règles des donations qui les auraient régies, si elles avaient été faites en dehors de lui? Dans quelle mesure s'opère cette modification? Telle est la question que nous nous proposons d'étudier dans le cours de notre thèse.

Mais avant d'entrer dans le cœur de notre sujet, il importe d'énumérer succinctement les règles qui différentient les donations des actes à titre onéreux, de façon à pouvoir étudier dans un ordre méthodique, relativement à chacune d'entre elles, les questions qui les concernent.

2. — Ces règles se rapportent soit à la forme, soit au fond même de l'acte.

A. — *Règles de formes.*

La donation doit être : 1° Passée en minute devant notaire; 2° passée en la présence *réelle* du notaire en second ou des deux témoins; 3° acceptée expressément par le donataire; 4° transcrite d'après les règles du Code civil; 5° un état estimatif des objets donnés doit être dressé dans les donations de meubles.

Ces formalités ne sont pas exigées pour les actes à titre onéreux. Par exception le contrat de mariage et la constitution d'hypothèque et quelques autres actes à titre onéreux doivent être passés devant notaire.

Quant à la transcription, elle est bien exigée pour les actes à titre onéreux, mais suivant les règles de la loi du 23 mars 1855, qui diffèrent de celles du Code civil. Notamment le défaut de transcription des actes soumis à la loi de 1855, ne peut être opposé que par des *tiers, qui ont des droits sur l'immeuble du chef du vendeur*, tandis que pour les donations,

le défaut de transcription peut être opposé par tous ceux *qui y ont intérêt*. L'on peut donner à cette dernière formule un sens plus ou moins étendu, mais il est certain qu'elle comprend toujours les créanciers chirographaires du donateur, tandis qu'il n'en est pas ainsi pour la formule de la loi de 1855.

B. — *Règles de fond.*

a) Les donations diffèrent des contrats à titre onéreux sous le rapport de la capacité.

L'aliénateur à titre gratuit ne peut jamais être : 1° Un tuteur de mineur ou d'interdit, dans le cas où les biens donnés seraient ceux de ce mineur ou de cet interdit; 2° une personne condamnée à une peine afflictive perpétuelle (loi du 31 mai 1854). Il n'en est pas de même pour l'aliénateur à titre onéreux.

Remarquons, que si nous voulons parler exactement, la première différence porte sur une question de pouvoirs et non sur une question de capacité.

L'acquéreur à titre gratuit ne peut de même être une personne condamnée à une peine afflictive perpétuelle (loi de 1854); cette incapacité ne frappe pas l'acquéreur à titre onéreux.

Enfin une donation ne peut intervenir entre personnes liées par un certain rapport : la parenté naturelle (art. 908); une tutelle dont le compte n'a pas été assuré (art. 907); le lien qui existe entre le malade et le médecin ou le ministre du culte (909).

Entre ces mêmes personnes au contraire, un acte à titre onéreux peut intervenir.

b) La garantie est due par celui qui délivre la chose dans les contrats onéreux, elle n'est pas due par le donateur.

c) Le rapport, la réduction, la révocation pour ingratitude ou pour survenance d'enfants sont autant de règles des donations, éminemment incompatibles avec la nature du contrat à titre onéreux.

d) La distinction des donations est enfin d'une grande importance relativement aux conditions, dans lesquelles peut s'exercer l'action de l'art. 1167. On sait que dans le premier cas, l'action peut s'exercer indépendamment de toute complicité de la part du donataire, tandis que dans le second cas la loi exige en se conformant à la tradition que l'ayant cause du débiteur soit *consciens fraudis*.

Notre travail consistera donc à examiner quelles sont celles de ces règles qui sont applicables aux clauses du contrat de mariage, renfermant un avantage au profit de l'un des époux.

3. — Nous diviserons notre sujet ainsi qu'il suit :

Nous étudierons :

1^o Dans un premier chapitre, la clause de constitution de dot;

2^o Dans un second, les dispositions que la loi appelle donations entre futurs époux;

3^o Dans un troisième, les clauses qui, tout en ren-

fermant des avantages, sont réputées par la loi pures conventions de mariage;

4^o Enfin nous consacrerons un quatrième chapitre à l'étude des dispositions de la loi fiscale et des décisions de la jurisprudence sur la nature des clauses du contrat de mariage, étudiées dans les trois chapitres précédents.

4. — Pour éviter toute confusion, faisons une remarque préalable sur l'expression « convention du mariage ». Cette expression peut être entendue dans deux sens différents :

Dans une première signification fort générale, il signifie toute clause réservée dans le contrat de mariage.

Prise dans une acception plus étroite, l'expression vise plus particulièrement les clauses du contrat, qui touchent au régime, auquel les futurs époux veulent soumettre leurs biens, les clauses qui ont un caractère d'association. Ainsi dans ce sens, la constitution de dot, les donations entre futurs époux ne seraient pas des conventions de mariage.

Comme la loi, nous prendrons, dans le cours du sujet, l'expression indistinctement dans l'une ou l'autre acception ; la remarque que nous venons de faire suffira pour reconnaître au sens de la phrase dans quelle des deux significations, elle doit être prise.

CHAPITRE PREMIER.

CONSTITUTION DE DOT.

5. — L'expression *constitution de dot* a en droit plusieurs significations différentes.

Dans un premier sens, c'est la détermination de la partie des biens que la femme apporte pour supporter les charges du mariage ; les biens ainsi apportés sont dits *dotaux*.

Dans un deuxième sens, la constitution de dot comprend, les biens que chacun des époux apporte en *communauté*, dans le régime de la communauté.

Enfin, dans un troisième sens, on appelle constitution de dot les donations faites en vue du mariage à l'un ou à l'autre des futurs époux. C'est dans cette acception que nous entendrons la constitution de dot pour l'étude qui va suivre.

I. — *Formes.*

6. — Une donation, pour être regardée comme faite en faveur du mariage, doit être faite dans le contrat de mariage. Ceci résulte des articles 1082, 1084, 1086. Sans doute une donation pourrait être faite hors du contrat de mariage, dans le but de faciliter le mariage du bénéficiaire en l'enrichissant, mais l'intention du donateur ne serait pas assez manifeste aux yeux de la loi, pour que celle-ci ac-

corde à une telle donation les prérogatives dues à la faveur du mariage. La constitution de dot devra donc revêtir, non les formes de la donation, mais celles du contrat de mariage, édictées dans l'article 1394. Nous semblons ainsi être en contradiction avec l'article 1081; mais ce texte sera ittrop général, comme nous allons le voir, si on le prenait à la lettre.

Et, d'abord, ni la présence réelle du notaire en second, ni l'acceptation expresse ne seront exigées.

7. — Sur la première formalité, la présence réelle du notaire en second, on pourrait nous objecter l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843: « Les actes notariés contenant *donation entre vifs*. » Ces expressions semblent bien nous obliger à conclure à la nécessité de la formalité, car les donations en faveur du mariage sont de véritables donations entre vifs. L'article 893 nous dit en effet qu'il n'y a que deux modes de disposer à titre gratuit: par donation entre vifs ou par testament; l'article 947 de même suppose que les donations en faveur du mariage sont des donations entre vifs.

Quoi qu'il en soit, nous répondrons qu'il résulte du rapport fait par M. Franck-Carré à la Chambre des Pairs, lors de la discussion de la loi de 1843 (Duvverg., tome 43, p. 240) que la commission n'entendait pas comprendre les donations par contrat de mariage dans l'art. 2; que c'était d'ailleurs dans ce sens que le projet avait été voté à la Chambre des Députés.

« Les suggestions ne peuvent être ici supposées, disait le rapporteur, le contrat de mariage est un acte qui, par sa nature exige, plus que tout autre la non intervention des tiers. » Ainsi, à défaut de clarté dans le texte, il ne peut rester de doute, après cette observation, du reste pleine de justesse et d'équité; la constitution de dot n'exige pas, lors de la signature du contrat, la présence du notaire en second.

8. — Quant à l'acceptation expresse, l'article 1087 est formel. Il nous dit que les donations, faites par contrat de mariage, ne pourront être attaquées sous prétexte du défaut d'acceptation.

Puisque les donations sont renfermées dans le contrat de mariage et que ce dernier ne peut produire d'effets qu'autant que les futurs époux adhèrent à tout ce qu'il contient, il ne peut être question ici de l'acceptation elle-même. L'art. 1087 vise l'acceptation *expresse*, cette formalité, dont le seul but est d'entraver les donations vues par la loi d'un œil défavorable. Là défaveur ne subsistant plus, la loi supprime la formalité.

D'après Troplong, cette acceptation par l'adhésion des futurs époux à toutes les clauses du contrat de mariage ne serait même pas nécessaire et l'accomplissement seul du mariage suffirait à témoigner de cette adhésion. Cette opinion nous paraît tout-à-fait en opposition avec l'art. 1165. Les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes. Le contrat de mariage ne peut produire d'effets à l'égard des

futurs époux, que s'ils ont été parties au contrat.

Ainsi voyons-nous que, sous le rapport de ces deux règles, la constitution de dot tient plutôt du contrat à titre onéreux que de la donation. La loi exige la forme notariée, pour en assurer la fixité et la préciser; mais elle la dispense de toutes ces entraves, éminemment particulières aux donations.

9. — Faut-il en dire de même pour les autres règles de formes, la transcription et l'état estimatif?

Non, dans ce cas l'art. 1081 reçoit son application. Cet article ne parle que des donations de biens présents; mais si l'on admet que les donations de biens à venir sont soumises aussi à la transcription, on devra regarder cette transcription comme édictée, non par la loi de 1853, mais par le Code.

Ainsi sous ces rapports, la constitution de dot empruntera au contraire plutôt les règles aux donations qu'aux actes à titre onéreux.

II. — *Capacité.*

10. — La capacité est pour le constituant et pour le futur époux donataire la même qu'en matière de donation.

Cependant une difficulté peut se présenter, lorsque celui qui veut constituer la dot est *condamné à une peine afflictive et perpétuelle*. On sait que d'après l'art. 3, de la loi du 3 juin 1854, une personne ainsi condamnée, ne peut disposer à titre gratuit. L'on s'est demandé, si cette prescription était applicable à l'as-

cendant qui veut doter son enfant. Plusieurs auteurs ont répondu négativement, prétendant qu'un pareil acte devait être plutôt considéré comme un acte à titre onéreux.

L'article 3, disent-ils, édicte une peine; mais, dans le cas présent, l'ascendant ne dispose plus de ses biens pour son bon plaisir et satisfaire son désir de prodiguer des bienfaits, il ne fait que remplir une obligation morale, et il a capacité pour faire la donation.

Nous ne nions pas la valeur de cette observation, elle est en plein accord avec l'équité, et nous plaçant sur le même terrain que nos adversaires, nous irions même plus loin qu'eux. Puisque le condamné, dirions-nous, est privé de l'exercice de ses droits, l'incapacité dont on l'afflige est superflue, elle n'empire en rien sa position, nous faisons abstraction du cas exceptionnel où il serait gracié; en définitive, les enfants seuls souffriront de cette incapacité, et l'équité exigerait aussi qu'on la supprimât. Mais nous devons prendre la loi telle qu'elle est faite, et la loi est formelle; le condamné est *incapable* de disposer et de recevoir à titre gratuit.

Le texte est formel, nous répond-on, mais quel est l'esprit de la loi? Il nous est donné, dans ce passage du rapporteur : « En ce qui concerne l'établissement des enfants des condamnés pendant l'interdiction *le conseil de famille avisera*, aux termes de l'article 544 du Code civil. » Cette déclaration est le ren-

versement de tous les principes juridiques. Le tuteur et le conseil de famille ne sont chargés que d'exercer les droits, dont est nanti celui qui se trouve en tutelle, et il ne peut être créé, pour eux-mêmes, des droits qui n'appartiennent pas à ce dernier. C'est bien là l'hypothèse de l'art. 551. L'interdit judiciaire à pleine capacité, l'exercice seul lui est enlevé; il n'en est pas de même de l'interdit légal. Avec la théorie indiquée par la phrase du rapporteur, on arriverait, d'ailleurs, à cette conséquence absurde que l'interdiction légale venant à cesser, l'enfant ne pourrait plus être doté; on sait, en effet, que l'incapacité subsiste, lorsque l'interdiction prend fin.

Du reste, dans la pratique, le mal provenant de cette législation rigoureuse pourra être atténué. L'art. 4 de la loi parle que « le gouvernement peut relever le condamné à une peine afflictive perpétuelle de tout ou partie des incapacités prononcées par l'article précédent ». Nous pensons que, grâce à cet article, l'on pourra éviter les inconvénients que présente l'application rigoureuse, mais forcée, de l'article 3.

III. — *Garantie.*

11. — La constitution de dot participe du caractère des contrats à titre onéreux, en ce qui touche la garantie; la loi nous le dit formellement dans les art. 1440 et 1547.

Le donateur n'est pas en général tenu de l'obligation de garantie, c'est que ne recevant rien en compensation de la chose dont il se dépouille, il doit être présumé donner cette chose, telle qu'il la possède lui-même. Si cette possession est soumise à certaines chances d'éviction, la donation sera moins favorable, il est vrai, mais elle ne peut pour ce motif se retourner en dommage contre le donateur. Celui-ci peut néanmoins s'engager expressément à la garantie; cet engagement sera comme une seconde donation subsidiaire de la première. Par exception, la loi suppose cet engagement pris tacitement dans la constitution de dot. C'est que dans ce cas la prescription est fort équitable. La constitution de dot est souvent la cause du mariage, c'est en comptant sur elle que les futurs époux croient pouvoir en soutenir les charges, aussi le constituant est-il présumé en assurer l'effet à tout événement.

12. — Le motif de la garantie de la dot est tel, qu'elle est due par *toute personne*, que ce soit un ascendant ou un étranger (art. 1440) ou même un des conjoints qui l'ait constitué, la loi ne fait pas de distinction.

Elle est due de même à *l'égard de chacun des époux*. Quelques auteurs ont pensé que l'obligation de garantie n'existait qu'à l'égard du conjoint du donataire direct, en sorte que si l'éviction venait à se produire à la dissolution du mariage, l'époux donataire direct ne pourrait plus avoir de recours

contre le constituant. La question a été surtout discutée, lorsque la donation avait été faite à la femme. Dans ce cas (Seriziat, *Régime dotal*, n° 52) refuse tout recours à la femme après la dissolution du mariage, parce que, dit-il, à son égard la constitution est un acte complètement gratuit. Delvincourt, t. 3, p. 33, reproduisant cette opinion, l'admet en faisant une restriction. Il voudrait accorder le recours à la femme, lorsque les biens laissés par le mari seraient insuffisants pour la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants communs, parce qu'alors la femme peut dire qu'elle a, comme le mari, les charges du mariage à soutenir, et que par conséquent elle ne possède pas la chose à titre purement gratuit. Et le même jurisconsulte tire de son principe cette conséquence fort logique, que si l'action a été exercée par le mari au cours du mariage, la femme doit à sa dissolution restituer ce dont elle est devenue plus riche, c'est-à-dire ce qui excède, dans l'indemnité reçue, les charges du mariage.

Nous ne saurions admettre cette opinion, les articles 1440 et 1547 ne font aucune distinction, et la restriction de Delvincourt nous montre même qu'une telle distinction aurait été fort peu pratique et aurait suscité bien des procès. La femme d'ailleurs n'a peut-être consenti au mariage que sur la foi de la donation; aussi et même, si aucun enfant n'est survenu de l'union, on ne devra point lui refuser le recours : la veuve se trouve toujours dans des con-

ditions désavantageuses, son mari aura peut-être anéanti sa fortune; si les ressources de sa dot lui échappent encore, elle pourra être déchuë de son rang dans la société et même malheureuse. C'est pour éviter ce danger, que le législateur a établi l'inaliénabilité dans le régime dotal; pourquoi ne pas lui supposer les mêmes vues dans notre question, surtout lorsque les distinctions que l'on propose ne sont nullement indiquées dans les textes?

On a fait encore d'autres distinctions.

13. — Et d'abord, a-t-on dit, la garantie n'est due que lorsque la donation est faite à *la femme*; elle n'est jamais due lorsqu'elle est faite *au mari*. Lorsque la donation est faite à la femme, elle est regardée comme un acte à titre onéreux à l'égard du mari, car le mari est réputé dans ce cas recevoir les objets donnés de la femme en échange de l'engagement qu'il prend de soutenir les charges du mariage; mais rien de ceci n'existe, si la donation est faite directement au mari. Celui-ci pourra faire un mariage plus brillant, voilà tout, l'acte sera complètement gratuit et l'obligation de garantie ne sera pas due.

Nous repoussons cette distinction, comme nous avons repoussé la première, et pour le même motif. La constitution de dot est souvent la cause déterminante du mariage. En outre, dans la question présente, si l'éviction se produit au cours du mariage, et que l'obligation de garantie ne soit pas due,

la femme en souffrira tout autant que le mari, et pourtant, même dans l'opinion de ceux que nous combattons, l'acte devra être considéré comme à titre onéreux à l'égard de la femme; il faudra donc entrer dans des sous-distinctions, à savoir si l'éviction se produira au cours du mariage ou après sa dissolution, et la loi devient alors très complexe, malgré la simplicité de la règle qu'elle énonce.

Comme en matière de vente, le droit à la garantie est dû *aux héritiers du donataire*. A la vérité, la loi le consacre principalement dans l'intérêt des époux et de leur descendance; mais comme le donataire peut souvent avoir pris des engagements en vue des objets donnés, les héritiers succédant à ses engagements, devront par suite succéder aux droits qui leur sont corrélatifs.

14. — Enfin la loi ne nous donne aucune règle particulière sur l'étendue de la garantie en matière de dot; il faudra donc s'en référer sur ce point aux règles de la garantie en matière de vente et de transport. Cependant nous ferons quelques remarques particulières à la constitution de dot.

D'abord il ne peut être question ici de restitution de prix; quel devra donc être le montant de l'indemnité? Si au jour de l'éviction la chose a augmenté de valeur, le donataire aura droit de réclamer la valeur de cette chose comme en matière de vente (art. 1633). Mais devons-nous admettre la même analogie entre la vente et la constitution de

dot, au cas où l'objet de celle-ci a diminué de valeur? Nous ne le croyons pas. Si le prix entier est dû dans la vente, lorsque la chose a diminué de valeur, il n'est pas dû à titre d'indemnité, mais uniquement parce qu'il n'a plus de cause. Le même motif n'existe plus en notre matière, c'est simplement à titre d'indemnité que la garantie est due, le donateur devra donc rembourser au donataire la valeur qu'avait la chose au moment de la donation et non au jour du mariage.

Devra-t-on aussi en cas d'éviction partielle appliquer les règles de la vente? le donateur devra-t-il, lorsque l'éviction sera très importante, reprendre ce qui reste de la chose donnée et payer la valeur entière? Non, car ici nous sommes en dehors de l'article 1184, il n'y a pas de résolution; la constitution est de sa nature un acte essentiellement gratuit; s'il emprunte aux actes à titre onéreux quelques-unes de leurs règles, c'est uniquement dans un but d'équité, or, ce but est rempli dès que les donataires sont indemnisés de leur éviction; il n'y a pas à rechercher si les choses se sont accomplies au gré des désirs des donataires, pourvu qu'aucun dommage ne leur ait été causé. Ajoutons qu'il n'y a aucun motif pour ne pas appliquer l'art. 1637: « Si dans le cas de l'éviction d'une partie des fonds vendus, la vente n'est pas résiliée, la valeur de la partie dont l'acquéreur se trouve évincé, lui est remboursée suivant l'estimation à l'époque de l'éviction et non proportionnellement au

prix total de la vente, soit que la chose vendue ait augmenté ou diminué de valeur. »

Nous appliquerons de même les règles de la vente sur les vices cachés de la chose ou sur la garantie des créances. Sur ce dernier point, nous ferons remarquer que si le donateur a répondu de la solvabilité du débiteur, il devra payer le montant entier de la créance, tandis qu'en matière de cession, le cédant n'a à payer que ce qu'il a reçu du cessionnaire.

13. — La constitution de dot emprunte donc, en matière de garantie, les règles des actes à titre onéreux ; cependant il faut apporter à cela deux tempéraments.

1° L'art. 955 oblige le donataire à fournir des aliments au donateur ; celui-ci aura par suite droit à retenir sur l'indemnité demandée, une certaine somme pour ses besoins personnels. Et cette restriction ne va pas contre l'esprit de la loi, car le donateur doit avant tout être présumé n'avoir pas voulu se priver des besoins nécessaires à son existence.

2° La loi présume chez le constituant l'intention de garantir la chose donnée à tout événement ; mais cette présomption ne peut exister que si elle ne contredit pas les principes d'ordre public posés par le législateur : donc si l'éviction provient de la réduction, la garantie ne sera pas due.

IV. — *Rapport, Réduction, Révocation.*

16. — Sur ces points, nous avons peu de choses à

dire : la constitution de dot est à tous ces égards considérée comme une véritable donation et ne tient nullement du contrat à titre onéreux.

Ainsi est-elle rapportable en vertu de l'art. 843, qui ne comporte aucune exception ; réductible d'après l'art. 1090.

La constitution de dot est en outre révocable pour survenance d'enfants. Ceci se déduit par *a contrario* de l'art. 959, qui excepte de la révocation pour *cause d'ingratitude les donations en faveur du mariage*.

On comprend le motif de la règle posée dans cet article. Le constituant s'intéresse non seulement à l'époux donataire, mais aussi à l'autre époux et aux enfants à naître du mariage. La peine qu'encourt le donataire, en se rendant coupable d'ingratitude, ne doit pas rejaillir sur ses enfants et la loi maintient la donation. Sur ce point la constitution de dot échappe aux règles des donations ordinaires.

V. — *Action Paulienne.*

17. — L'art. 1167 donne aux créanciers le droit d'attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.

Le Code ne s'est pas étendu sur les conditions d'exercice de ce droit, mais nous retrouvons en définitive dans l'art. 1167 l'action Paulienne du droit Romain et de notre ancien droit Français, aussi les jurisconsultes s'en sont remis à la tradition pour l'interprétation du mode d'exercice de cette action.

Conformément à cette tradition, ils distinguent les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit, et n'accordent l'action dans le premier cas que contre les ayant-cause du débiteur, qui ont été de mauvaise foi.

Ainsi lorsqu'une personne avait constitué une dot en fraude des droits du créancier, la question se posait si relativement à l'action Paulienne, la constitution de dot devait être réputée contrat à titre onéreux ou contrat à titre gratuit.

La question a été si souvent traitée que nous ne nous attarderons pas en la discutant, cependant elle est trop importante et rentre trop dans le sujet de notre thèse, pour pouvoir la passer sous silence.

Il est d'abord à remarquer que la question n'existe pas pour les *donations de biens à venir*, car celles-ci n'ont pas d'effets à l'égard des créanciers; il en est de même des donations *potestatives*; nous ne nous occuperons donc que des donations de biens *présents*.

Tout le monde est unanime à regarder la constitution de dot comme une libéralité, un acte purement gratuit à l'égard du *constituant*. Le propre d'un contrat à titre onéreux est, en effet, de recevoir un avantage à peu près équivalent à celui que l'on procure; or le constituant ne reçoit que la satisfaction d'avoir favorisé un mariage. C'est donc là une pure libéralité; aussi est-elle soumise, comme nous l'avons dit, au rapport, à la réduction, à la révocation pour survenance d'enfants, etc.

Une donation cependant peut être faite avec des charges, dont le profit ne rejaillit pas sur le disposant, ce qui, sans changer le caractère de gratuité à l'égard de ce dernier, le fait disparaître en partie à l'égard des bénéficiaires; c'est le cas, comme nous allons le voir, de la constitution de dot.

Mais auparavant, il importe de bien remarquer que, dans notre législation, il n'y a pas d'actes qui soient à titre gratuit ou à titre onéreux d'une façon générale, que du moins notre Code ne fait aucune classification de ce genre, que tel acte peut être à titre gratuit sous un rapport, à titre onéreux sous un autre, et que notamment à l'égard de l'action Paulienne le Code n'a nullement défini ces expressions. Il faut donc se rapporter à la tradition. Comment comprenait-on autrefois la distinction que nous venons d'énoncer? On examinait d'abord s'il y avait fraude, et en second lieu, si l'ayant-droit du débiteur qui repoussait l'action Paulienne luttait *de damno vitando* ou *de lucro servando*; dans ce dernier cas, l'acte était rescindé indépendamment de toute mauvaise foi, dans le premier, l'annulation était subordonnée à la mauvaise foi du débiteur.

La constitution de dot est-elle donc une donation avec *charges*? telle est toute la question.

La constitution peut être faite directement, soit sur la tête du mari, soit sur la tête de la femme. Dans le premier cas, il ne peut être question que d'intenter l'action contre le mari; dans le second

cas, il peut être question de l'intenter contre le mari pendant le mariage et contre la femme après la dissolution.

18. — Prenons d'abord le deuxième cas : la constitution repose sur la tête de la femme.

a) Pour que l'action puisse être intentée contre le mari, indépendamment de sa mauvaise foi, il faudrait admettre qu'à son égard la donation est sans charges. Une pareille assertion serait bien difficile à justifier. Le mariage entraîne toujours des charges, les charges du ménage, nourriture et éducation des enfants ; ces charges bien souvent n'ont été à l'avance acceptées, que parce qu'une dot a été promise qui viendra aider à les supporter. La convention dotale n'est que l'union des biens des époux dans le but de faire face aux dépenses que le mari n'aurait pu seul supporter. La dot est tellement le support de ces charges, que le mari qui la détourne de ce but encourt la séparation des biens (1443) et que les intérêts courent de plein droit du jour du mariage. Le droit Romain d'ailleurs et notre ancien droit Français admettaient que la constitution de dot était un contrat onéreux à l'égard du mari ; c'est bien ainsi d'ailleurs que le Code l'a considéré, lorsqu'il a donné aux époux l'action en garantie.

b) Là où une divergence d'opinion est bien plus grande, c'est sur la question de savoir si la constitution est une donation avec charges à l'égard de la femme. — Quelle est donc cette charge, disent certains auteurs,

qui consiste à accepter un mariage que ses propres moyens personnels n'auraient pas permis? Le mariage dans les conditions ordinaires ne diminue pas sensiblement le *modus vivendi* de chacun des époux, la constitution de dot au contraire l'augmente; donc il y a donation pure et simple. — Beaucoup d'auteurs admettent cette opinion; ils ajoutent qu'il n'y a pas corrélation nécessaire entre la dot et les charges, puisqu'il y a des mariages sans dot. Ils invoquent enfin la loi Romaine, la loi 25, que nous avons étudiée précédemment et allèguent enfin la distinction admise dans notre ancien droit Français. (Furgole, *des Donat.*, quest. X, n° 11. Domat, *L. civiles*, livr. 2, tit. X, sect. 1).

Malgré toutes ces raisons, nous admettons avec la jurisprudence qu'il y a même, à l'égard de la femme, une donation avec charges.

D'abord la loi 25 n'est pas formelle, elle ne fait que rapporter une controverse existant en droit romain. On ne peut rien en déduire pour notre législation.

Nous ne pouvons, cependant, nier l'autorité de l'ancien droit, mais il semble bien que le législateur de l'an VIII n'a pas considéré de la même manière la constitution à l'égard de la femme. Ainsi le Code ne fait pas de distinction en ce qui concerne la garantie entre le mari et la femme, 1440, 1547. Et, d'ailleurs, une pareille distinction relativement à l'action Paulienne serait-elle bien raisonnable? Est-il bien exact de

dire que, même à l'égard de la femme, la donation n'est pas faite avec charges? Cette donation lui offre un avantage, celui de se marier dans des conditions plus brillantes qu'elle ne pouvait l'espérer, je l'accorde. Mais là n'est pas la question; il s'agit de savoir si la femme aurait consenti au mariage, sans l'espoir d'une dot, qui lui permettrait de subvenir aux dépenses nécessaires pour élever ses enfants dans le rang qu'elle occupe elle-même. Le juge ne pourra rechercher quelle a été l'intention de la femme en acceptant le mariage; il devra interpréter cette acceptation dans le sens qui convient le mieux à la matière du contrat (1158). Or, nous voyons qu'à l'égard des futurs époux la loi considère la constitution de dot comme un acte à titre onéreux; ainsi la garantie leur est-elle due pour les objets constitués. Les mêmes raisons subsistent ici pour considérer au même point de vue la constitution; il faudra donc refuser l'action Paulienne, si la femme a été de bonne foi.

Cette solution est d'autant plus raisonnable que la question, que nous agitions, n'aura d'effets pratiques qu'à la mort du mari ou à la séparation de corps. Or, à ce moment, le mari aura pu avoir dissipé sa fortune, en sorte qu'il ne restera à la femme que sa dot pour subvenir aux frais du ménage. Faut-il précisément lui enlever les secours sur lesquels elle a toujours compté? Non, assurément, ce serait une grande injustice.

La Cour de cassation a tranché la question en ce

sens (Arrêt du 2 mars 1847. D. 1847. I. 120). La Cour ajoute un autre argument à ceux que nous avons déjà donnés; mais celui-là nous le repoussons absolument. La Cour considère l'opinion contraire, comme incompatible avec la règle de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales. — Les parties ne peuvent altérer *elles-mêmes* les conventions du contrat de mariage, voilà la règle; mais cette règle ne serait pas violée, parce qu'un créancier ferait rescinder une de ces conventions, entachée de vices dès sa formation.

19. — Si la constitution de dot avait été faite sur la tête du mari, nous admettrions, en raisonnant comme au cas précédent, que la donation a encore été faite avec charges. (V. en ce sens un arrêt de la Cour de cass. du 14 mars 1848, D. 1848. I. 66).

Donc, pour nous résumer, les époux doivent être présumés avoir contracté mariage sur la confiance qu'ils avaient en ce qu'une dot les aiderait à supporter les charges. Si un créancier du constituant fait tomber la donation les futurs époux auront à supporter les charges, sans avoir les ressources sur lesquelles ils avaient compté, donc ils lutteront *de damno vitando* et la mauvaise foi devra être exigée.

20. — Une question analogue s'élève relativement à la faillite.

Le Code de commerce (art. 446 et 447) distingue parmi les actes faits par le failli, depuis la cessation des paiements et les dix jours, qui ont précédé, les

actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux. Les premiers sont considérés comme nonavenus et déclarés complètement nuls (446), les seconds sont simplement annulables (447), au cas où les acquéreurs auraient connu en contractant l'état du failli.

La constitution de dot rentre-t-elle dans la première ou dans la seconde catégorie?

Nous avons dit dans la question précédente qu'il ne fallait point s'en tenir aux expressions, *titre onéreux*, *titre gratuit*, mais plutôt regarder quel était l'esprit de la loi. Pour l'action Paulienne, la question était de savoir si l'ayant-cause devait par l'annulation de l'acte faire une perte ou manquer de s'enrichir. Est-ce le même point de vue ici?

Nous le croyons. Certains auteurs ont dit que le législateur avait surtout eu en vue de préserver les créanciers contre le dépouillement, qu'il fallait donc considérer l'acte surtout à l'égard du failli. Mais n'en est-il pas de même pour l'action de l'art. 1167? et la simple qualité de commerçant, qui différencie les deux cas, peut-elle suffire à motiver une différence de doctrine?

La Cour de cassation a rendu un arrêt dans ce sens (arrêt du 25 février 1845, D. 1845. I. 174).

CHAPITRE II.

DES DONATIONS ENTRE FUTURS ÉPOUX.

21. — Les futurs époux peuvent se faire par contrat de mariage les mêmes donations que celles qu'ils peuvent recevoir des tiers.

Ces donations tiennent bien moins de l'acte à titre onéreux que les donations faites par les tiers; aussi aurons-nous peu de choses à en dire.

En ce qui concerne les formes, nous ferons les mêmes observations que dans le chapitre précédent. Les donations entre futurs époux doivent être faites par contrat de mariage; elles prennent donc la forme de ce contrat et échappent aux formalités restrictives des donations. En particulier la loi de 1843, en édictant que les donations entre époux *pendant le mariage* doivent être passées en la présence réelle du notaire en second ou des deux témoins, exclut par *a contrario* les donations entre futurs époux des actes soumis à la formalité. Passons donc à l'étude des autres règles.

I. — *Capacité.*

22. — Les donations entre futurs époux n'empruntent sur la capacité rien de spécial aux actes à titre onéreux.

Les art. 1095 et 1398 formulent bien sur ce point une grande dérogation aux règles des donations ; mais c'est là tout autant une dérogation aux règles qui régissent les contrats à titre onéreux. En droit commun le mineur ne peut pas plus aliéner à titre onéreux qu'il ne le peut à titre gratuit ; ainsi les articles 1095 et 1398 ne rapprochent en rien de l'acte à titre onéreux les donations faites par le mineur dans le contrat de mariage. La question de savoir si la dérogation s'applique à l'interdit et au prodigue ne rentre donc nullement dans l'étude de notre distinction.

Il n'en est pas de même à l'égard du condamné à une peine afflictive et perpétuelle. Celui-ci est capable de faire d'après le droit commun toutes conventions à titre onéreux ; doit-on lui reconnaître aussi la capacité de faire des donations par contrat de mariage, à raison du caractère spécial de l'acte qui les renferme ? La loi de 1854 permet au condamné de se marier ; faut-il dès lors lui appliquer l'adage de notre ancien droit : « *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* ? » Je ne le crois pas. Avant la loi de 1854, le condamné ne pouvait pas se marier, et même le mariage contracté par lui, avant la condamnation, était dissous : son conjoint devenait libre de contracter un nouveau mariage, et si en fait il ne se séparait pas du condamné, son dévouement n'était aux yeux de la loi qu'un concubinage, les enfants nés de cette union étaient réputés bâtards. La loi de

1854 a aboli ces prescriptions rigoureuses, elle a *permis* le mariage, mais il reste quelque trace de notre ancienne législation dans la discussion de la loi de 1854. Il résulte en effet de cette discussion que si le législateur a *toléré* le mariage des condamnés, elle ne tient pas néanmoins à les *encourager*. Comment donc leur étendre le bénéfice de l'art. 1398, qui n'est qu'une dérogation au droit commun, établie pour favoriser le mariage ?

Ajoutons que l'adage *habilis ad nuptias*, etc., doit être interprété en ce sens que celui dont les facultés ont reçu un assez grand développement pour être en même de contracter mariage, a en même temps assez d'expérience, assez de maturité pour consentir les conventions qui l'accompagnent naturellement. L'adage ne peut donc être appliqué au condamné, car si la loi le considère comme incapable, ce n'est pas à cause du défaut de développement de ses facultés et de son peu d'expérience ; c'est simplement une peine qu'elle a voulu lui infliger et l'on ne peut présumer que la simple permission du mariage au condamné, suffise à le relever de sa peine.

Qu'on ne nous objecte pas que les donations, faites par un des futurs époux à son conjoint, ne reposent souvent sur aucune intention libérale, mais sur le simple désir de contracter le mariage. Nous accordons ce point ; mais l'acte n'en sera pas moins à titre gratuit, dans l'acception stricte du mot, et comme

le texte de la loi ne fait aucune exception à la règle et que son esprit s'oppose à une telle exception, on doit la rejeter.

II. — Révocation.

23. — Nous avons vu que les donations faites par les tiers n'étaient point révocables pour cause d'ingratitude, qu'elles échappaient ainsi aux règles des donataires ordinaires; nous pensons qu'il en est de même pour les donations, et que l'art. 959 leur est applicable. Cet article en effet pose la règle pour les donations en *faveur du mariage*; or ces donations entre futurs époux sont des donations en faveur du mariage, comme celles qui sont faites par les tiers. L'article suivant confirme cette interprétation : il nous dit que la révocation pour survenance d'enfants aura lieu pour toutes donations, même pour celles qui auraient été faites *en faveur du mariage* par autres que par les ascendants aux conjoints ou par les *conjointes l'un à l'autre*, c'est donc que la loi considère ces dernières donations comme faites en faveur du mariage.

On pourrait nous dire que l'art. 1088, qui nous parle des donations faites en faveur du mariage, est placé dans le chapitre relatif aux donations faites par les tiers; mais ceci ne prouve pas que cette expression soit exclusivement réservée à ces dernières donations; s'il en était ainsi, le langage de la loi serait très impropre, puisque l'art. 1088 s'applique

évidemment aux donations entre futurs époux.

On nous objecte enfin que la raison de maintenir la donation qui existe, lorsqu'elle a été faite par un tiers, n'existe plus dans l'hypothèse que nous étudions; car les enfants, issus du mariage, ne subiront aucun préjudice, si au lieu de trouver l'objet donné dans la succession de leur père, ils le retrouvent dans celui de leur mère ou *vice versa*. Ainsi, nous dit-on, les enfants, ne souffriront nullement de la révocation; l'époux ingrat seul en supporterait le préjudice : peut-on dans ces conditions maintenir la donation? Non, certainement, mais nous pensons qu'il faut appliquer ici la règle de l'art. 299 et non celle de l'art. 253.

Cet article 299 dispose que l'époux contre lequel le divorce aura été admis, perdra tous les *avantages* que l'autre époux lui avait faits, soit par le contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté.

Nous nous efforcerons de démontrer que cet article est applicable à la séparation de corps. Cela admis, l'explication de la loi et la réfutation de la dernière objection seront bien simples.

La loi a considéré la révocation d'une donation entre futurs époux pour cause d'ingratitude comme une atteinte grave à l'entente qui doit exister entre les époux; elle n'a donc voulu permettre cette révocation, qu'autant que l'ingratitude elle-même serait assez grande pour rompre l'intimité de la vie commune et motiver une séparation de corps; mais une

fois cette séparation de corps prononcée, tous les avantages au profit de l'époux condamné devaient tomber de droit. Ainsi se comprend aisément l'extension de l'art. 959 aux donations faites entre futurs époux; sans aller contre la lettre de la loi, nous arrivons à une solution plus en harmonie peut-être avec son esprit.

24. — Cependant l'ingratitude, dans notre système, restera impunie dans deux cas :

1° Lorsque l'époux outragé est mort sans demander la séparation, et que les héritiers sont encore dans les délais de l'art. 957;

2° Lorsque la séparation prononcée, l'époux en faveur de qui elle a été établie commet à son tour des actes d'ingratitude envers son conjoint.

Mais dans le premier cas, l'on peut supposer que l'époux offensé a pardonné, et il n'y a rien que de très naturel; dans le second cas, l'on peut voir une peine qu'a encouru l'époux contre qui la séparation a été prononcée.

25. — Reste donc, pour que notre système soit complètement justifié, à établir que l'art. 299 est applicable à la séparation de corps.

La Cour de cassation avait admis jusqu'en 1845 que l'art. 299 ne s'appliquait point à la séparation de corps (Dalloz, J. G., *Sép. de corps*, n° 872).—En 1845 (arr. du 23 mai 1845. D. 1845. I. 230), la Cour, par un arrêt rendu en chambres réunies, a consacré l'opinion opposée, déjà admise par un grand nombre de Cours d'appel.

Cette dernière opinion nous paraît être la meilleure.

1° D'abord dans l'ancien droit, la règle de l'article 299 était admise pour la séparation de corps ; c'est ce que nous disait le procureur général Dupin, qui concluait néanmoins contre la révocation dans la cause de 1855, que nous avons présentée. Dupin déclare, il est vrai, qu'une telle jurisprudence était due aux pouvoirs trop absolus du Parlement, qui avait assimilé sur ce point tous les cas de séparation à celui d'adultère, seul cas, où d'après l'authentique *Sed hodie* au Code *Ad legem Juliam de adulteriis*, les avantages étaient résolus ; mais peu nous importe, il nous suffit de constater que telle était la jurisprudence suivie lors de la confection du Code.

Le Code, en établissant le divorce et en maintenant le principe ancien pour le divorce, a-t-il voulu l'abroger pour la séparation ? C'est, il nous semble, ce que nos adversaires devraient prouver ; à défaut de preuves, il faudrait nous en tenir à la jurisprudence ancienne. Or ces preuves n'existent non-seulement pas, nous le montrerons, mais nous pouvons même apporter la preuve que le Code civil a bien voulu se conformer à la jurisprudence ancienne.

Il suffit en effet de lire les travaux préparatoires du Code (Locré, t. V, p. 23, 136 et suiv.) pour être convaincu que le législateur, en rétablissant la séparation de corps, a eu pour but non pas de procurer aux mauvais ménages un remède moins violent que

le divorce, mais de permettre aux catholiques une solution non contraire à leur religion. La séparation n'est qu'un divorce ne touchant pas au dogme de l'indissolubilité du mariage, mais engendré par les mêmes causes, produisant les mêmes effets, sauf ceux qui sont incompatibles avec cette même indissolubilité.

Telle était l'idée du législateur, d'après les travaux préparatoires; cette idée ressort aussi des dispositions du Code.

26. — L'art. 1518, se référant à un avantage, transmis par une simple convention matrimoniale, ne répète point le principe de l'application générale de l'art. 299, mais le suppose établi, puisque sans l'énoncer il édicte une disposition qui n'en est pas une conséquence nécessaire.

Nos adversaires nous objecteront que l'application n'est pas générale, qu'elle se comprend spécialement pour le préciput. Par la clause de préciput, nous disent-ils, les futurs époux s'engagent à abandonner à l'un d'eux le bénéfice de leur collaboration; dès que cette collaboration cesse par la faute de l'un des époux, ce dernier est privé du bénéfice. La peine est établie ici non en vertu même de la séparation, mais en vertu de la cessation de la collaboration qu'elle entraîne. C'est là, nous semble-t-il, une pure subtilité, d'ailleurs tout-à-fait hypothétique. La peine est établie pour une faute, pour une faute assez grande pour entraîner la séparation, voilà tout.

Mais une objection assez grave est faite à notre système; elle se fonde sur l'art. 308 qui reproduit textuellement l'art. 298. Si les effets du divorce, dit-on, sont applicables à la séparation de corps, l'art. 308 est complètement inutile. Mais, remarquons-le bien, l'art. 298 vise une peine corporelle, l'art. 299 vise au contraire un effet pécuniaire, qui peut même, dans le sens légal du mot, ne pas être considéré comme une peine, mais comme une conséquence de l'art. 1382. Or on peut raisonner par analogie, lorsque les causes sont identiques, en matière pénale, aussi l'art. 308 n'était-il pas inutile. Et ceci est d'autant plus vrai que, l'association conjugale continuant à exister, il pouvait paraître étrange que le mari ait le droit de faire emprisonner celle qui était encore sa femme.

La révocation, disent d'autres auteurs, n'est pas précisément la conséquence de la faute commise, mais plutôt celle de la dissolution du mariage. Ce qui le prouve, ce sont les art. 386 et 767 qui enlèvent certains avantages aux époux divorcés, sans les enlever aux époux séparés, mais la séparation n'entraîne pas dissolution, donc les avantages sont maintenus. — Il me semble que l'argument peut être retourné en notre faveur. Dire que la perte des avantages est une conséquence de la dissolution et non de la faute commise, c'est parler d'une façon trop absolue, puisque le divorce par consentement mutuel échappe aux effets de l'art. 299. Ce qu'il y a de vrai, c'est que

certaines effets du divorce sont incompatibles avec l'indissolubilité du mariage; ces effets par exception ne s'appliquent pas à la séparation, aussi le législateur s'en exprime formellement. C'est le cas des art. 386 et 767. On ne comprendrait pas qu'en cas de séparation l'usufruit légal fut enlevé au père; car à qui l'accorder? à la mère? L'art. 384 nous dit que la mère ne peut en être nantie que si elle est survivante, à l'enfant? Mais c'est attribuer à l'enfant un effet perpétuel, qui se dressera d'une manière manifeste contre les parents au jour de la réconciliation. Quant à l'art. 767, qui enlève aux divorcés le droit de succession réciproque, il ne pouvait être appliqué à la séparation qui maintient les époux dans le même état de parenté qu'auparavant.

Une considération morale est enfin invoquée par nos adversaires.

Le but de la séparation, disent-ils, est d'établir un divorce temporaire et le désir de la loi est de voir les époux se réconcilier. Mais si les avantages sont perdus par la séparation, l'époux en faveur de qui elle aura été prononcée, aura intérêt à ne pas se réconcilier; la loi aura donc édicté des dispositions en contradiction avec son but. Nous avons déjà montré que le but de la loi n'était pas d'établir un divorce plus doux, mais un privilège pour les catholiques. La loi d'ailleurs, peut désirer des réconciliations, mais des réconciliations reposant sur des bases solides et auxquelles ne feraient pas obstacle quelques inté-

rêts matériels. Si du reste on veut éviter la lutte entre la conscience et l'intérêt d'un côté, on y retombe de l'autre : un catholique verrait en effet sa conscience lui ordonnant de demander la séparation, son intérêt exigeant qu'il demande le divorce. Il faut donc laisser de côté toutes ces considérations et s'en tenir à l'esprit véritable de la loi.

III. — *Action Paulienne.*

27. — Relativement à l'action de l'article 1167, les donations entre futurs époux doivent-elles être considérées comme des contrats à titre onéreux? En d'autres termes, la rescision de la donation est-elle subordonnée à la *complicité* de l'époux donataire? Nous ne le croyons pas, et nous sommes en cela d'accord avec la majorité des auteurs et avec un arrêt de la Cour de Paris du 24 mars 1830, rapporté dans Dalloz, *Jurisprudence générale*, tome XVI, page 665.

Cet arrêt se fonde sur la loi 6, § 11, au Digeste du titre *Quia in fraudem*, etc., liv. 42, tit. 8, loi que nous avons étudiée dans notre thèse de droit romain. C'est qu'en effet dans le cas présent l'époux donataire attaqué ne luttera pas *de damno vitando*, la donation lui a été faite *sans charges*.

A première vue, l'on pourrait croire notre théorie en contradiction avec celle que nous avons admise dans le chapitre précédent sur la même question; mais les circonstances sont ici toutes différentes.

Remarquons tout d'abord que dans le cas général, la donation ne sera d'un réel profit pour l'époux donataire qu'à la dissolution du mariage. Au cours du mariage, que les biens donnés soient en la possession du mari ou qu'ils soient en celle de la femme, ils contribueront toujours aux charges du ménage. La donation ne peut ainsi avoir eu pour cause le soutien des charges *pendant le mariage*; mais même elle ne peut avoir eu pour but de venir en aide à l'époux *survivant*, à l'effet de supporter les charges de l'éducation des enfants, car, à défaut de donation, les mêmes biens auraient contribué à ces charges, sinon comme appartenant au survivant, du moins comme appartenant aux enfants. La donation aura donc été faite sans charges, et le donataire, repoussant la rescision de la donation, ne sera pas plus en droit de dire qu'il va être constitué en perte à cause des charges à supporter, que si le bien donné, étant encore en la propriété de l'époux donateur, était enlevé à ce dernier par une cause quelconque. La véritable perte provenant de la rescision pour l'époux donataire sera dans l'excédant du surplus de la donation sur les besoins du ménage; mais, pour ce surplus, la donation sera *sans charges*, et devra aussi être considérée comme un acte à titre gratuit.

On pourra nous objecter que la donation est parfois le motif qui détermine l'un des époux à contracter mariage, que faire rescinder la donation c'est tromper sa foi. Sans doute ce fait se produit souvent;

mais, pour empêcher la rescision, la déception seule ne suffit pas, il faut qu'il y ait, pour l'ayant-droit, un dommage pécuniaire, que celui-ci lutte, selon l'expression de la loi romaine, *de damno vitando*, ce qui n'a pas lieu ici.

28. — Faut-il appliquer la même théorie au cas où il y a *donation mutuelle*? Le doute provient de ce qu'ici le contrat peut paraître à *titre onéreux*. Chacun des futurs époux se dit : J'aime mieux sans doute, si je meurs le premier, que ce soit mon futur époux qui profite de ma succession; mais cet avantage je le fais à mon futur époux, à condition qu'il agisse de même à mon égard. Peut-on dire qu'il y a vraiment là esprit de libéralité? Non, certainement. Que ce contrat soit motivé par l'affection que se portent les futurs époux, je l'accorde, mais cela ne suffit pas pour qu'il y ait libéralité. Pour qu'un acte émanant d'une personne dénote chez elle une intention libérale, il faut que cette personne ait su que l'avantage qu'elle procurait à autrui était supérieur à tout le profit qu'elle pouvait elle-même retirer de l'acte; il faut qu'elle ait, en un mot, *préféré autrui à elle-même*. Or, est-ce là le cas dans la question qui nous occupe? Je le demande. Pothier nous dit bien, dans son traité des donations entre mari et femme, article 129, que c'est surtout l'*intention* qu'ont les parties en contractant qui règle la nature du contrat; mais là précisément est la question, l'intention est-elle ou non libérale? Je ne le crois pas. Et c'était bien

l'avis de Dumoulin (art. 168 de la coutume de Blois), de Ricard (*Don mutuel*, ch. I, n^{os} 5 et suiv.), qui considéraient les donations mutuelles comme des actes à titre onéreux. L'ordonnance de 1731 soumet cependant ces actes au retranchement, mais nous expliquerons plus loin que le retranchement ne présuppose nullement une donation.

Ainsi, pour nous, les donations mutuelles tiennent plutôt des contrats à titre onéreux que des contrats à titre gratuit. Sera-ce une raison pour leur appliquer la règle qui régit ces derniers actes relativement à l'action Paulienne? Non, notre Code applique aux donations mutuelles les règles des donations, notamment en ce qui concerne la réduction et la révocation, et nous n'avons aucun motif pour déroger ici à ces principes, d'autant mieux qu'ici l'époux donataire ne sera jamais constitué en perte. Supposons en effet une des deux donations détruite par l'action Paulienne; de deux choses l'une : ou celui au profit duquel, elle est faite, mourra le premier et alors il n'éprouvera aucune perte, ou il survivra, et alors la donation qu'il a faite lui-même n'aura pas d'effet, il ne sera encore pas en perte, il ne fera que manquer d'acquérir un gain.

Nous donnerions la même solution, si la donation avait été faite dans l'intervalle fixé par l'art. 446 du Code de commerce.

CHAPITRE III.

STIPULATIONS RENFERMANT DES AVANTAGES ET REGARDÉES
PAR LA LOI COMME DE SIMPLES CONVENTIONS DE MA-
RIAGE.

Nous allons maintenant passer à l'étude de certaines clauses du contrat de mariage, qui renferment des *avantages de fait*, au profit de l'un des époux et que la loi ne soumet pas aux règles des donations. Dans une première section nous examinerons comment ces avantages échappent à la règle de la réduction; dans la deuxième section nous nous occuperons des autres règles.

SECTION PREMIÈRE. — Réduction.

I.— *Distinction des donations des pures conventions de mariage.*

29. — La donation est essentiellement un acte de libéralité, et celui qui agit dans un but intéressé ne fait pas en réalité une donation. Cependant la loi positive n'a pu s'en rapporter à l'intention du disposant pour déterminer la nature d'un acte. Comme nous l'avons dit, dans notre thèse de droit Romain, la loi ne peut pénétrer à l'intérieur des consciences et doit prendre les actes tels que les signes extérieurs

les manifestent; c'est ainsi qu'elle a présumé qu'il y avait donation, lorsque le disposant ne recevait en retour de ce qu'il donnait aucun bien *appréciable en argent*; il est en effet fort probable que dans ce cas l'affection, l'esprit de libéralité l'ont seuls guidé.

Mais la même présomption n'existe plus si la disposition a été faite par contrat de mariage; car si un des futurs époux aliène au profit de l'autre son bien sans rien recevoir en retour, c'est à une condition, l'accomplissement du mariage, condition qui suffit à motiver l'intérêt de la disposition.

Ainsi, d'une façon générale, il ne peut y avoir entre époux par contrat de mariage de donations au véritable sens du mot. Cette assertion peut paraître étrange en présence de toute la série d'articles que nous offre la section 9; mais si l'on étudie la nature du contrat de mariage, on se rend bien compte de sa justesse.

Le contrat de mariage associe les biens des futurs époux. Or cette association de biens est une association *sui generis*, ne se tenant pas par elle-même, comme un simple contrat de société. Elle a son appui et sa raison d'être dans une association de personnes, à laquelle son existence est subordonnée. Le mariage est parfois le simple résultat de l'affection, mais souvent, dans la pratique de la vie, il est dû à la rencontre de deux personnes se trouvant dans des conditions égales d'existence. Or les personnes tirent leur valeur non seulement de leur for-

tune pécuniaire, mais aussi de leur mérite intellectuel et moral, de l'honorabilité de la famille, de leurs avantages physiques, etc. Ce mérite, cette honorabilité, ces avantages établiront en général une certaine inégalité entre les futurs époux, que l'on compensera par une inégalité en sens inverse, dans l'association des biens. De là des avantages pécuniaires pour l'un des époux. Tel est le fait quotidien. Pourra-t-on dire que l'avantage procuré provient d'une *intention libérale*? N'est-ce pas bien plutôt une concession faite sur la fortune, dans le but d'obtenir pour soi-même un profit, le mariage. Sans doute l'on nous dira que plus d'une fois le mariage se serait accompli sans que certains de ces avantages pécuniaires aient été créés, que ces avantages n'ont été que la simple manifestation de l'affection que l'un des époux portait à l'autre. Nous ne pouvons nier qu'un tel fait se produise souvent, mais la loi ne peut en général le supposer, ce serait amener le juge à une interprétation des faits souvent inextricable. Comment, dans un acte aussi complexe que le mariage, pouvoir distinguer l'intérêt de l'affection? Comment pouvoir pénétrer les pensées les plus intimes des futurs époux? Cela est impossible, il y aurait presque toujours doute. Dès lors, il faudra appliquer aux contrats de mariage les règles des contrats (1107) et entre autres celles de l'art. 1156 : *Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la nature*

du contrat. Est-ce le caractère gratuit ou le caractère commutatif qui convient le mieux au contrat de mariage? Personne ne niera que ce soit le second. Toutes les conventions matrimoniales devront donc, aux yeux de la loi, être considérées comme des conventions commutatives.

Cependant on peut nous faire une grave objection.

La loi, nous dira-t-on, considère certaines stipulations entre futurs époux, comme de véritables donations, puisqu'elle leur applique la règle de la réduction (art. 1094 et suiv.)

Une pareille objection est facile à réfuter. Donation et réduction ne sont pas deux choses si intimement liées, qu'elles ne puissent être séparées. L'action en réduction est accordée aux héritiers pour les protéger contre des dépouillements immodérés. Comme ces dépouillements ne peuvent guère se produire que lorsque, en retour du bien aliéné, aucun autre *bien pécuniaire* n'est rentré dans la famille, on comprend qu'il n'y ait lieu à réduction que pour les donations et les testaments. Mais au cas où la présomption de la loi cesse, c'est-à-dire lorsque celle-ci ne voit pas de donation dans l'aliénation d'un bien, en échange duquel aucun autre bien ne rentre dans le patrimoine de l'aliénateur, parce que l'esprit de libération fait défaut, le motif de protection pour les héritiers n'en subsiste pas moins. Dans le cas qui nous occupe, l'accomplissement du mariage peut

bien contrebalancer la perte pécuniaire éprouvée par un des futurs époux, mais l'avantage procuré en retour est tout-à-fait personnel à celui-ci ; les héritiers seuls subiront un préjudice, et cela d'autant plus que le futur époux aliénateur profitera en fait, pendant le mariage, du bien aliéné ; ils sont donc exposés à être complètement négligés par celui sur l'héritage duquel ils ont droit de compter, et le droit à la réserve, que leur accorde la loi, se trouve parfaitement justifiable, bien qu'il n'y ait pas donation.

Un exemple va confirmer notre doctrine. Supposons une clause du contrat de mariage, où les futurs époux stipulent au profit du survivant de l'un d'eux, l'usufruit des biens que laissera le prémourant à son décès. Si les chances de survie, ce qui est le fait général, sont égales de part et d'autre, il est évident que la clause ne sera pas faite dans un esprit de libéralité, puisqu'en réalité elle ne diminue pas plus le patrimoine de l'un des futurs époux que celui de l'autre : la seule perte sera pour les héritiers du prémourant. Aussi la loi leur accorde une action en réduction.

De même les art. 1496 et 1527 nous disent que certains avantages sont réductibles au profit des enfants issus d'un précédent mariage, d'où l'on déduit par *a contrario* qu'ils ne le sont pas au profit des enfants issus du mariage. Ces avantages ne peuvent être à la fois des donations et ne l'être pas, suivant qu'ils portent préjudice aux premiers ou aux se-

conds; l'esprit de libéralité est indépendant de la qualité des personnes que l'acte constitue en perte. Or ils ne peuvent pas être des donations, car la loi serait ici en contradiction avec l'art. 1099 qui dispose que les époux ne peuvent se donner indirectement au-delà de ce qui est permis par les art. 1094 et 1098, et que dans notre hypothèse il n'y aurait plus réduction au profit des réservataires de l'article 1094. Ces avantages ne sont donc pas des donations et cependant ils sont soumis à la réduction au profit de certaines personnes. Ainsi, parce que la loi soumet un acte à la réduction, elle ne présume pas pour cela que cet acte soit une donation.

30. — Que conclure de ce qui précède? Que la loi a *appelé* donations certaines conventions de mariage, parce qu'elle a voulu les soumettre aux règles des donations, et sans que pour cela elle les considérât comme telles, l'esprit de libéralité leur faisant complètement défaut.

Cette conclusion, à première vue, peut paraître oiseuse, et tout ce que nous avons dit pour l'établir inutile; mais elle est, suivant nous, capitale pour éviter une confusion, lorsqu'il s'agit de distinguer les conventions, auxquelles la loi donne le nom de donations, de celles qu'elle appelle simples conventions de mariage. Puisque les actes de la première catégorie n'impliquent pas intention libérale, il ne faudra tenir aucun compte de cette intention pour faire notre distinction.

Ainsi la clause est souvent exprimée en termes qui pourraient faire croire à une véritable libéralité, nous examinerons plus loin ces sortes de clauses; pour le moment, contentons-nous de dire, que les termes *donatifs* ne suffisent pas à enlever le doute. Les futurs époux emploient ici accessoirement le mot donation, et plutôt comme terme indiqué par le notaire que comme expression de leur véritable pensée. Les termes cependant pourraient être assez explicites, pour indiquer que les futurs époux ont entendu soumettre leur convention aux règles des donations, dans l'intérêt de leurs enfants par exemple; mais il sera par là même manifeste, que la pensée qui les pousse, n'est pas une pensée de libéralité.

Toujours est-il que la loi a distingué en deux catégories les conventions de mariage renfermant des avantages au profit de l'un ou l'autre des époux : les unes, qu'elle a appelées improprement *donations*, parce qu'elle leur appliquait les règles de ces dernières, les autres qu'elle a regardées comme de simples *conventions d'association*, comme des *conventions à titre onéreux*. Nous venons d'établir que la base de la distinction ne pouvait reposer sur l'intention libérale, il nous faut donc rechercher un autre *criterium*.

31. — Ce *criterium* ne peut être déduit que de l'étude des diverses conventions précisées par la loi, aussi devons-nous d'abord les passer en revue.

Supposons en premier lieu que les époux soient

mariés sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, voici les textes :

1^o « Art. 1496. L'avantage provenant pour l'un des époux de la confusion du mobilier ou des dettes, constitue une pure convention de mariage. »

L'on comprend facilement comment un pareil avantage peut exister.

L'un des époux a 20,000 francs de mobilier, l'autre en a 60,000. A la dissolution de la communauté, ils retirent 40,000 francs chacun, donc l'un des époux a gagné 20,000 francs, l'autre les a perdus.

De même pour les dettes, l'époux le plus endetté retire évidemment un avantage de la confusion.

2^o « Art. 1525. Il est permis aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, sauf aux héritiers de l'autre à faire les apports des capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur.

Cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles des donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage et entre associés. »

Cette stipulation, c'est-à-dire la stipulation, telle qu'elle est formulée dans le premier alinéa, attribution de la communauté, déduction faite des apports, n'est pas une donation. Donc, *a contrario*, si les apports sont compris dans l'attribution, il y a donation. C'est là une nouvelle confirmation de notre théorie qu'il ne faut pas s'attacher à l'idée de

libéralité pour faire notre distinction : car dans la dernière hypothèse, si l'attribution est faite au profit du *survivant*, il ne peut y avoir d'intention libérale.

30. — Voilà tout ce qui est expressément formulé par la loi; nous allons tâcher de déduire de ces textes des conséquences pour notre distinction.

L'avantage peut consister en une augmentation des biens pour l'un des époux, ou en une augmentation des revenus pendant le mariage.

Il suffit, pour obtenir ce dernier résultat, que l'un des époux soit plus riche que l'autre; écartons-le pour le moment.

31. — *Un premier principe est de distinguer si l'avantage porte sur des biens propres ou sur les biens entrés en communauté.* — L'avantage procurant l'augmentation des biens d'un époux peut se produire de deux manières : soit qu'il ait lieu au détriment des *propres* de l'autre époux, soit qu'il provienne de ce que la part de communauté à prendre à la dissolution, ne soit pas *proportionnelle* à sa mise en communauté.

1^o Je crois que dans le premier cas l'avantage est toujours soumis aux règles des donations. S'il existe des conventions du contrat de mariage qui n'aient pas le caractère commutatif, c'est plutôt celles qui font passer directement un bien d'un patrimoine dans l'autre, sans qu'il ait jamais revêtu le caractère de bien commun; c'est là une aliénation qui, sauf

l'intention qui l'a motivée, ne diffère pas dans ses formes, de l'aliénation entre étrangers

Telle paraît bien être la pensée de la loi, d'après les derniers mots de l'art. 1525 « comme une pure convention matrimoniale *et entre associés*. » Le même article, dans son premier alinéa, exclut de cette pure convention, même les biens communs, tombés en communauté, du chef de l'un des époux. C'est donc bien l'idée de société qui a inspiré le législateur. Et, en effet celui-ci a voulu établir une certaine société dans les biens pour mieux cimenter l'union des personnes; mais, il a autant que possible égalisé les situations, balancé les éventualités et par suite il n'entend pas soumettre de pareilles conventions, aux règles qui concernent les libéralités.

Si un avantage vient à résulter pour l'un des époux de l'établissement de cette société légale ou de modifications qui lui sont apportées, sous l'indication de la loi, cet avantage ne proviendra que *d'un fait* qui n'altérera pas aux yeux du législateur la nature de la convention. Celle-ci sera toujours pour lui une convention d'association, une convention commutative; la loi ne considère que la destination générale de ces conventions, et ne peut s'arrêter aux avantages que parfois en fait elles créent; ce serait mettre dans un contrat si important le germe de mille difficultés insolubles.

Certains auteurs (Coin-Delisle, *Revue critique*, XX, p. 17) expliquent autrement la pensée de la loi.

Celle-ci, disent-ils, ne considère pas les clauses d'association comme des donations, parce qu'il n'y a pas de *mutation de propriété*. C'est aussi l'idée qui perce dans plusieurs arrêts de la Cour de cassation. Nous ferons d'abord remarquer, que si l'aliénation est un élément nécessaire à la donation, l'intention libérale ne l'est pas moins. Pourtant, comme nous l'avons démontré, la loi ne tient aucun compte de ce dernier élément, parce qu'en réalité elle ne peut voir de donations dans les conventions matrimoniales; pourquoi tiendrait-elle compte du premier, et ne soumettrait-elle pas aux règles des donations, des actes n'impliquant aucune mutation de propriété? D'ailleurs, la loi ne considère pas comme donations les avantages résultant de la clause de l'art. 1521 et certainement dans ce cas il y a mutation de propriété: les époux apportent chacun une égale dot, il est convenu qu'à la dissolution de la communauté, l'un aura les trois quarts, l'autre le quart; ainsi un quart de la dot de ce dernier aura été évidemment transféré au premier. La mutation de propriété, pas plus que l'intention libérale, n'est donc un *criterium* pour distinguer les donations des pures conventions de mariage et il faut s'en tenir à ce premier principe que la loi a regardé comme des donations les conventions de mariage, conférant des avantages qui portent sur des biens non entrés en communauté.

33. — Examinons maintenant, si toutes les fois

que l'avantage porte sur des biens entrés en communauté, il n'est pas soumis à la réduction.

L'avantage peut se produire, si les mises sont inégales et le partage égal, ou si les mises sont égales et le partage inégal.

A. — Mises inégales.

34. — Dans ce premier cas, sans aucun doute, il y a pure convention de mariage (art. 1496 et 1527), et cela, de quelque manière que se produise l'inégalité, soit par confusion du mobilier, soit par confusion des dettes, soit par ameublement.

L'ameublement de sa nature n'est pas destiné à inégaliser les apports : son effet est de permettre à l'un des époux de faire tomber en communauté plus que son mobilier, et l'on ne peut déduire, de ce qu'une personne fait tomber plus ou moins en communauté, autre chose qu'une idée de convention.

Le législateur n'apporte aucune restriction à ces dispositions ; ce qui nous prouve encore que l'intention libérale ne doit nullement être prise en considération. Ces clauses, *quelques avantages qu'en fait* elles procurent, sont regardées comme des conventions matrimoniales, parce que, selon l'esprit du législateur, elles sont de leur *nature* faites pour ne pas rompre l'équilibre des positions. L'on pourrait cependant nous arrêter et nous dire que, si une combinaison de ces diverses clauses allait diamétralement contre l'esprit du législateur, il y aurait pré-

somption de non équilibre et lieu à réduction. Ainsi cite-t-on l'exemple suivant :

L'un des époux a une fortune mobilière très supérieure à l'autre ; mais en même temps bien plus de dettes. Les époux conviennent qu'il y aura réalisation du mobilier mais confusion de dettes, ils vont diamétralement contre ce principe manifeste du législateur : *là ou va passif mobilier, là doit aller l'actif*, il y aura lieu à réduction.

Nous répondrons, que si en fait les futurs époux vont contre l'esprit du législateur, la combinaison des deux clauses de réalisation du mobilier et de confusion des dettes, ne contrarie nullement cet esprit. Le législateur, dans la communauté légale, admet le principe : là où va le passif mobilier, là va l'actif, mais il n'admet pas ce principe, comme fondement nécessaire de l'équilibre des fortunes, puisqu'il indique comme moyen de modifier la communauté légale, la règle de réalisation seule, la règle de séparation seule, les deux réunies (communauté d'acquêts). L'avantage tient donc plutôt au *fait* qu'à la *nature* de la combinaison ; donc il n'est pas réductible.

B. — Clauses de partage inégal.

35. — Dans le second cas, celui où il y aurait mise égale et partage inégal, la question est plus délicate.

Le partage inégal, en réalité, peut exister de deux

manières : soit qu'un prélèvement ait lieu au profit de l'un des époux avant le partage, c'est le cas du préciput, soit qu'une clause du contrat de mariage déroge au principe de l'égalité de partage. Nous étudierons la clause du préciput, après celles de partage inégal proprement dit.

Le Code nous indique *spécialement* trois manières de déroger à l'égalité du partage :

1^{re} clause : qui accorde à chacun des époux des des quote-parts inégales dans la communauté (1521);

2^e clause : où il est stipulé que l'un des époux ne pourra prétendre qu'à une certaine somme pour tout droit à la communauté (1522);

3^e clause : celle de l'article 1525 que nous avons reproduite plus haut.

36. — C'est de cette dernière que le législateur nous dit qu'elle n'est pas réputée transférer un avantage, sujet aux règles des donations. Que pouvons-nous conclure de cette disposition relativement aux autres clauses possibles de partage inégal?

Je crois d'abord qu'on doit attribuer nécessairement le caractère commutatif aux deux clauses énoncées dans les art. 1521 et 1522. De leur nature, elles créent des avantages inférieurs à la clause de l'art. 1525, et c'est pour ce motif, que le législateur s'est plutôt expliqué à propos de cette dernière. En fait, néanmoins, ces avantages pourront être quelquefois plus grands, parce que, d'après ces deux premières clauses, les apports et capitaux tombés

en communauté du chef de l'un des époux, sont compris dans l'attribution, mais la distinction doit reposer sur la nature et non sur le résultat de la clause.

Nous trouvons dans l'art. 1525 une restriction qui ne nous laisse plus le *champ libre* pour toutes les combinaisons, comme lorsqu'il s'agissait de mises inégales. L'étendue de cette restriction nous indiquera dans quelle limite ces combinaisons peuvent se faire, sans que la convention perde le caractère commutatif. Les avis des auteurs et de la jurisprudence sont loin d'être en complet accord sur sa portée, et nous pensons que cela tient à deux principes que nous avons déjà souvent mis en jeu, dont on ne tient pas compte, et qui, selon nous, dominent la matière; il ne faut pas s'attacher : 1° à l'*esprit de libéralité*; 2° à l'importance de l'avantage qui est transmis en *fait*, mais simplement considérer si dans l'esprit du législateur la clause est de sa nature un moyen de rompre l'équilibre des fortunes ou non.

La restriction de l'art. 1525 ne se rapporte évidemment qu'à la clause prévue dans cet article, et par suite ne touche pas *directement* les autres clauses de partage inégal. Cependant elle nous indique qu'une *limite* doit être apportée à l'inégalité, qu'un des époux ne peut pas prendre *toute* la communauté, sans rien laisser à l'autre. Dans les clauses des art. 1521 et 1522, il y a aussi nécessairement une limite à l'inégalité, ce sera dans la première, la plus

faible quote-part; dans la seconde, le forfait; mais ici la limite est laissée à la volonté des époux et peut être rendue dérisoire. Ainsi il est stipulé que l'un des époux, alors que les apports de l'autre étaient considérables, aura les 9/10 de la communauté, — ou encore l'un des époux a apporté 50,000 fr. et il est stipulé qu'il ne pourra avoir pour tout droit à la communauté que 10,000 francs. Peut-on dire qu'il y a dans ces cas pure convention matrimoniale? Non, certainement, car il est manifeste que de pareilles clauses ont été employées, non d'après leur nature, mais pour éviter la restriction de l'art. 1525, pour frauder la loi. Remarquons bien que nous considérons de semblables clauses comme des donations, non parce que nous y voyons une intention libérale, non pas parce que l'avantage est en fait supérieur à celui que permet l'art. 1525, mais uniquement parce qu'il y a fraude à la loi, ou tout au moins opposition à son esprit. Les parties se sont servies des clauses des art. 1421 et 1422 pour attribuer, pour ainsi dire, *la totalité* de la communauté à l'un des époux, ce que la loi considère comme un avantage soumis aux règles des donations.

37. — Voilà donc une première conclusion tirée de notre restriction de l'art. 1525. C'est qu'on ne peut par une clause quelconque attribuer à l'un des époux une part, qui d'après la *teneur même* de la clause, et sans qu'il soit besoin de se livrer à une *évaluation* (ce serait tomber dans une question de

fait) soit plus grande que celle que lui accorde l'article 1525.

Je dis au surplus que la conclusion inverse est vraie; qu'il *suffit* pour qu'une convention ne soit pas soumise aux règles des donations que par sa teneur, elle ne dépasse pas la portée de l'art. 1525.

La conclusion est d'abord vraie pour la clause de l'art. 1521. Il est stipulé que l'un des époux aura le tiers, que l'autre aura les deux tiers; personne ne niera, je crois, qu'une pareille convention, soit regardée par la loi comme convention d'association. L'avantage procuré pourra être cependant supérieur à celui établi par la clause de l'article 1525; mais pour le savoir, il faudrait se livrer à une estimation, rechercher si le tiers de la communauté est supérieur ou inférieur à la valeur des apports de l'un des époux, et la loi n'exige certes point cela.

Ce qui est vrai pour la clause de l'art. 1521 est vrai pour une clause quelconque. L'art. 1520 n'énonce que certaines clauses de partage inégal, et l'art. 1527 permet de faire *toutes autres* conventions que les parties jugeront convenables. Ces conventions seront dans les mêmes conditions à l'égard de la restriction de l'art. 1525, que la clause de l'art. 1521. Tout ce qu'il importera, ce sera de ne pas frauder la loi, de ne pas user d'un détour, qui montre clairement que l'on a voulu éviter la restriction de l'article 1525.

38. — Appliquons cette conclusion à une es-

pèce qui s'est souvent présentée dans la pratique.

Il est stipulé que le survivant des époux aura au partage de la communauté la propriété des meubles avec charge de payer les dettes et l'usufruit des immeubles. Il a été statué sur ce point de droit par un arrêt de la Cour de cassation du 15 janvier 1872, rapporté dans Dalloz, année 1872, I, 401.

Ce qui revient aux héritiers de l'époux prédécédé, c'est la nue-propriété de la moitié des immeubles de la communauté; cette nue-propriété pourra être plus forte ou plus faible que les apports et capitaux de l'art. 1525; la nature même de la clause ne peut préjuger en rien sur ce point, et pour comparer il faudrait se livrer à une évaluation; nous admettons donc qu'il n'y a là qu'une simple convention de mariage.

La Cour de cassation a jugé en sens contraire :
« Attendu, dit l'arrêt, que cette cause embrasse par sa généralité, contrairement et au-delà du vœu de l'art. 1525, tous les biens composant la communauté au jour de la dissolution du mariage, sans distinction entre les acquêts ou produits de la collaboration conjugale, pouvant seuls faire l'objet du pacte social autorisé par ledit article, et les apports et capitaux qui, tombés dans la communauté du chef du prémourant, doivent rester en dehors d'un tel pacte. »
On peut facilement, il me semble, réfuter ses considérants.

D'abord il est à remarquer que la clause qui

nous occupe est une clause de partage inégal, non précisé par la loi. Est-il permis maintenant d'établir des clauses, qui ne distinguent pas les acquêts de communauté des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef du prémourant? Peut-on convenir que ces apports et capitaux tomberont dans l'attribution faite à l'époux avantagé? Oui certainement. L'art. 1421 en est encore une preuve irréfutable. Donc la clause, visée par l'arrêt, n'embrasse pas contrairement au vœu de l'art. 1525. Embrasse-t-elle au-delà? C'est ce qui se décidera en fait à la dissolution du mariage, comme pour l'art. 1521; mais cela ne résulte nullement de la nature de la clause; donc il n'y a pas lieu à réduction.

Nous pouvons ajouter à ces arguments une considération pratique. Le plus souvent, les époux mourant, dans l'état normal des choses, peu de temps l'un après l'autre, la valeur de la nue-propiété des immeubles se rapprochera beaucoup de celle de la pleine propriété. Or peut-on dire qu'en général la moitié des immeubles d'une communauté soit inférieure aux apports et capitaux tombés du chef de l'un des époux? Non assurément. Donc, même en fait, l'art. 1525 ne sera pas dépassé.

Non seulement devra être soumise à la réduction la clause qui donnerait une part plus grande que celle de l'art. 1525, mais même celle qui lui donnerait un caractère moindre de convention. Ainsi l'avantage est stipulé au profit de l'un des époux ou de ses hé-

ritiers, il y a dans cette clause moins d'aléa, le caractère commutatif y est atténué, et l'on est d'autant mieux convaincu qu'il faut la traiter comme donation, que le législateur n'a pas répété dans l'art. 1525 ce qu'il avait dit dans les art. 1521 et 1523 « pour l'époux ou l'un des héritiers. »

39. — Une question grave se présente ici. L'emploi de *termes donatifs* par les futurs époux pour énoncer un avantage, rentrant d'ailleurs dans les limites que la loi fixe aux conventions commutatives, assimile-t-elle cette clause aux donations ?

Notre théorie à cet égard est bien simple. Les termes donatifs ne peuvent jamais donner le caractère de donation ; tout ou plus peuvent-ils révéler l'intention qu'ont les futurs époux de soumettre leurs conventions à telles ou telles règles des donations.

Je m'explique :

Je dis d'abord que le caractère d'une clause que la loi *répute convention commutative*, n'est pas altéré, par ce fait que les futurs époux ont convenu que l'avantage créé, serait réductible au profit des enfants du mariage, ou révocable pour un fait d'ingratitude ; la convention n'en conservera pas moins le caractère commutatif et les règles des donations, autres que celles qui ont été stipulées, ne lui seront pas applicables.

Et, en effet, tout le monde accordera que dans un contrat à titre onéreux, par exemple dans une vente, où se trouve une certaine aléa, on ne puisse établir

certaines conventions; comme celle de réduction ou de révocation d'ingratitude, contre celui au profit duquel résultera l'avantage; ces conventions ne seront nullement contraires aux articles 1172 et 1174. Cependant le caractère du contrat n'en sera pas changé, le contrat sera toujours un contrat commutatif. Pourquoi? parce que la loi répute la convention principale comme convention à titre onéreux et que les conventions accessoires ne contredisent pas ce caractère. Il en est de même au cas qui nous occupe : les conventions accessoires de réduction et de révocation, n'impliquent nullement l'idée de libéralité et ne contredisent pas le caractère principal de la convention, le caractère d'association; ils signifient bien que les enfants sont préférés au donataire, mais de là à signifier que le donataire est préféré au donateur, il y a loin.

Mais, pourra-t-on nous objecter, si les futurs époux stipulent que *toutes* les règles des donations sont applicables à la convention, n'est-ce pas assez dire que les futurs époux entendent faire une libéralité?

Non. Une pareille stipulation peut s'appliquer, sans présumer néanmoins chez les futurs époux l'esprit de libéralité. Les restrictions apportées aux donations sont en général établies en faveur du donateur; si donc le donateur se réserve expressément le bénéfice de ces restrictions dans une convention où en général elles ne sont pas réservées, c'est bien qu'il n'agit pas libéralement. Mais, dans ce cas, dira-

t-on, la question peut paraître oiseuse ; dès que toutes les règles des donations sont applicables, quel intérêt peut-il y avoir à savoir si l'acte est ou non une donation ? L'intérêt est très grand, car si l'acte est une donation, il faut lui appliquer absolument *toutes* ses règles. Or il y a deux règles auxquelles les parties en contractant ne se sont pas rapportées, parce que ces deux règles sont par exception au détriment du disposant : ce sont celles qui visent l'incapacité du condamné à une peine afflictive perpétuelle et le droit du fisc. Comme les futurs époux pouvaient parfaitement leur échapper, tout en acceptant toutes les autres, ce serait leur prêter une intention absurde et violer l'art. 1156, que de regarder l'acte comme une donation.

Il est facile maintenant de déduire de ce qui précède notre théorie sur les *termes donatifs*. Ce que les futurs époux ne peuvent stipuler spécialement, ils ne peuvent le stipuler en termes plus généraux. La convention reste toujours une convention commutative. Tout l'effet que pourront produire les termes donatifs, ce sera de soumettre la convention à telle ou telle règle des donations. Ceci est une interprétation de fait et de la volonté des futurs époux.

Aussi sommes-nous ici en opposition avec certains arrêts de la Cour de cassation décidant « que s'il résulte des termes de la convention que les futurs époux ont entendu stipuler en faveur de l'un une dérogation à la règle d'égalité dans le partage, mais

une dérogation à titre gratuit, qui devra transférer du disposant au gratifié tout ou partie des droits du premier dans la communauté, la stipulation conserve alors les caractères de libéralité. »

Nous trouvons ce considérant dans un arrêt du 21 mars 1860 (aff. Desbordes Cazin). L'art. 8 du contrat de mariage portait : Les futurs époux voulant se donner des preuves de leur *attachement mutuel* se font par les présentes *donation* l'un à l'autre et au survivant d'eux de l'usufruit de tous les biens meubles et immeubles de la communauté.

L'arrêt décida qu'il y avait donation pour deux motifs, à cause des termes de la clause, et puis parce que l'attribution dépassait celle de l'art. 1525. Nous avons déjà examiné si ce dernier motif était fondé. Quant au premier, l'on voit, qu'en appliquant notre théorie, il est de nulle valeur, et que même dans l'espèce, les termes ne donnaient lieu à l'application d'aucune des règles de la donation.

Cependant nous verrons, lorsque nous étudierons les droits du fisc, que notre manière de voir n'est pas aussi en désaccord avec *certain*s arrêts de la Cour de cassation.

C. — Préciput.

40. — Passons maintenant à l'étude d'une clause spécialement organisée par la loi, le *préciput*.

Nous ne parlons d'abord que du véritable *préciput*, celui qui s'exerce par prélèvement sur la masse

partageable de la communauté; c'est une sorte de clause de partage inégal.

L'avantage procuré par cette clause, est de sa nature inférieur à celui de l'art. 1525; donc, d'après les principes établis, c'est une pure convention de mariage.

Cependant plusieurs auteurs ont mis en doute ce caractère en se fondant sur l'art. 1516.

Cet article porte que le préciput n'est pas un avantage sujet aux formalités des donations. C'est ce mot « formalités » qui a fait surgir le doute. Est-ce simplement quant à la *forme*, est-ce aussi quant au *fond* que le préciput échappe aux règles des donations?

La raison de douter est devenue plus forte quand on a rapproché l'art. 1516 de l'art. 1526 sur le partage inégal, précisant bien que la convention qu'il relate, n'est ni quant à la forme ni quant au fond, soumise aux règles de donations. — Nous pensons ce doute peu fondé. Si l'art. 1516 n'existait pas, il n'y aurait aucune hésitation; faut-il ajouter tant d'importance au mot « formalité »? Je ne le crois pas, d'autant plus, que pris dans son acception stricte, ce mot ne prêterait à l'art. 1516 aucune utilité. Les formalités des donations sont : la rédaction par acte notarié, l'acceptation expresse, l'état estimatif et la transcription. Or voyons à quoi se réduit l'art. 1516, si l'on suppose que c'est simplement la question de forme qu'il vise.

Le préciput se faisant toujours par contrat de ma-

riage, il était inutile d'abord de le dispenser de l'acte notarié et de l'acceptation expresse (1087). De même l'art. 748 sur l'état estimatif n'est pas applicable au préciput, car il ne s'applique qu'aux donations de biens présents, dont il sert à garantir l'irrévocabilité, et le préciput est une donation de biens, que l'on ne connaîtra qu'à la dissolution de la communauté.

Nous ne pouvons supposer en outre que l'art. 1516 se rapporte à la transcription, puisqu'il vise la clause de l'art. 1515, qui parle de prélèvements d'une certaine somme ou *d'effets mobiliers*.

Ce n'est point que nous voulions dire que le préciput ne puisse s'exercer sur un immeuble, une pareille convention est permise; mais ce n'est point l'art. 1515, c'est l'art. 1527 qui la permet, donc l'article 1516 n'a point en vue cette sorte de préciput.

Ainsi l'art. 1516 serait-il complètement inutile, s'il ne visait les règles de fond.

Nous reproduirons en faveur de notre opinion le passage de Pothier, auquel certainement l'art. 1516 a été emprunté. « Quoique la convention de préciput renferme un avantage, que celui des conjoints qui doit prédécéder fait au survivant, et qu'il soit regardé comme tel par rapport à l'édit des secondes noces, néanmoins elle est regardée plutôt comme *convention de mariage* que comme *donation* et en conséquence elle n'est pas sujette à la formalité de l'insinuation. » (*Traité de la communauté*, 442). Que résulte-t-il de ce passage, sinon que c'est seulement à l'égard

des secondes noccs que l'avantage est considéré comme donation, que dans tous les autres c'est une simple convention matrimoniale? Quelques auteurs parmi lesquels, M. Colmet de Santerre (art. 1516), ont interprété autrement le passage de Pothier; ce passage, disent-ils, ne tranche pas la question de fond, mais simplement la question d'insinuation, attendu qu'aucune incompatibilité n'existait dans l'ancien droit entre le caractère de donation et le défaut d'insinuation (art. 21 de l'ord. de 1731). Mais si Pothier tire simplement une conclusion relative à l'insinuation de ce que le préciput n'est pas une donation, peut-on justement déduire que le préciput est, à tous autres égards, une véritable donation? Un tel raisonnement nous paraîtrait inexact.

Nous terminerons en répondant à une objection qui peut être faite à notre opinion.

Ce qui prouve, dit-on, que le préciput est une *libéralité quant au fond*, c'est que dans l'art. 1518, la loi lui reconnaît un des effets des donations véritables.

On conclut de cet article, par *a contrario*, que l'époux contre lequel la séparation a été prononcée perd son droit au préciput. Ceci est incontestable. En conséquence, disent nos adversaires, c'est une peine que la loi prononce contre lui. Cette peine serait-elle prononcée si le préciput était une simple convention commutative? Ne faut-il pas rapprocher cette disposition de celle de l'art. 299, qui faisait perdre à

l'époux divorcé tous les avantages que l'autre époux lui avait consentis par contrat de mariage? Cela d'autant mieux, que l'art. 1518 met sur le même pied le divorce et la séparation? n'est-ce pas là un cas de révocation pour cause d'ingratitude?

Nous ne le pensons pas. Sans doute l'époux condamné perd un avantage; mais en admettant même que l'art. 1518 soit une application de l'art. 299, nous nions que les avantages perdus soient considérés par la loi comme des libéralités. Que la peine ait été édictée, parce que la convention présentait des avantages, c'est incontestable; mais on ne peut en conclure que la loi traite ces avantages, sous tous autres rapports, comme des donations.

Nous avons fait une restriction au cas où le préciput avait été stipulé pour la femme survivante, même au cas de renonciation.

41. — Le préciput change, en effet, de nature. De prélèvement sur la masse partageable, il devient simple *créance*, et cela *ab initio*, dès sa formation; de sorte que si la femme accepte à la dissolution de la communauté, elle pourra poursuivre son préciput, même sur les biens personnels du mari, c'était l'opinion de Pothier (*Communauté*, 448).

Le préciput ne porte plus alors essentiellement sur les biens communs, donc conformément aux principes que nous avons admis, nous le regardons comme une *libéralité*.

C'est l'avis de Troplong reproduisant celui de Le-

brun. « Si, dit-il, certaines conventions matrimoniales, quoique procurant des avantages, ne sont pas considérées comme donations, c'est qu'elles ont le caractère de conventions entre associés. Or si la femme renonce, vu la rétroactivité de la renonciation, il n'y a jamais eu association, par suite il n'y a plus lieu d'enlever au préciput le caractère de donation. »

On a cependant soutenu la doctrine contraire.

L'art. 1516, a-t-on dit, venant après l'art. 1515, vise toutes les clauses prévues par cet article et l'article 1515 prévoit aussi l'établissement du préciput pour la femme renonçante. Donc même dans ce cas, le préciput doit être regardé comme une convention de mariage. Au surplus cette clause, ajoute-t-on, n'est en définitive qu'un forfait de communauté, et n'est par suite, en vertu de l'art. 1522, qu'une convention de mariage. En ce sens, un jugement du tribunal de Reims du 24 décembre 1844 (D. J. G. 22, 156).

Nous sommes d'une opinion contraire. Ce n'est plus ici l'hypothèse que prévoit l'art. 1522; dans ce cas : ou la femme survivante accepte la communauté, et alors elle prend la somme fixée, qui représente sa part dans la communauté, dans les biens *communs*, — ou elle renonce, et alors il n'existe plus de forfait. — Au contraire, dans le cas de préciput, si elle accepte, elle prélève le préciput sur les biens *propres* du mari. L'avantage ne portant pas sur des biens entrés en communauté ne peut constituer une convention de mariage.

L'art. 1516 impliquerait donc une idée étrange de la convention de mariage, s'il s'appliquait également au cas de renonciation de la femme. En lisant l'art. 1515, on voit du reste que le véritable préciput, dans la pensée de loi, est celui qui s'exerce par *prélèvement* sur la masse partageable. La loi procède dans l'art. 1515, comme elle procède dans toute la section 9, où elle énonce successivement les diverses clauses par lesquelles les futurs époux peuvent régler leur association ; mais elle indique qu'à côté de celles-ci, les futurs époux peuvent faire toutes autres stipulations ; qui ne seront plus il est vrai des stipulations d'association, mais toujours des stipulations permises.

Nous regarderons donc dans le cas de renonciation l'avantage comme soumis à réduction.

42. — Dans ce qui précède, nous avons supposé le préciput au *profit* de l'époux survivant. S'il était établi au profit de l'un d'eux et de ses héritiers, nous pensons qu'il y aurait *libéralité* ; nous nous aidons ici du raisonnement qui nous a servi pour une question analogue relative à l'art. 1525.

Nous ferons une dernière remarque.

Le préciput peut être limité ou illimité, c'est-à-dire que les parties peuvent convenir qu'il comportera tous les objets d'une certaine espèce qui se trouveront dans la communauté au jour de la dissolution. Dans ce cas, Pothier (n° 441 de la Communauté) laisse un pouvoir discrétionnaire au juge pour déci-

der si la quantité ou la valeur des objets désignés n'est pas, lors de la dissolution de la communauté, excessive, eu égard à l'intention probable des parties, lors de la passation du contrat. Nous suivrons volontiers cette opinion parfaitement conforme à l'article 1452, d'autant mieux qu'ici l'époux le plus influent pourra transformer les biens de la communauté en tels ou tels biens, suivant son intérêt, dicté d'après les chances de survie.

D. — Communauté à titre universel.

43. — Après ce qui vient d'être dit, il nous est facile d'étudier la clause de l'art. 1524, c'est-à-dire le cas où les futurs époux établissent une *communauté universelle* ou à titre universel.

L'art. 1526 prévoit trois sortes de communautés à titre universel :

1° Celui où les futurs époux *mettent* en commun tous leurs biens présents meubles ou immeubles ;

2° Celui où ils ne mettent en commun que leurs biens à venir, meubles ou immeubles ;

3° Celui, enfin, où ils font entrer en communauté tous leurs biens, sans exception, présents et à venir.

Dans le premier cas, il y a *ameublisement* de tous les biens présents, et *réalisation* de tous les biens à venir ; dans le second cas, il y a *ameublisement* de tous les biens à venir, et *réalisation* de tous les biens présents. Il n'y a toujours qu'une

simple convention de mariage, car nous avons vu que ces sortes de conventions n'excluaient point la combinaison des deux clauses d'ameublisement et de réalisation.

Dans le troisième cas, il y a ameublisement de tous les biens présents et à venir; nous avons vu qu'il y avait simple convention de mariage quelle que fut la différence des mises produite par l'ameublisement; nous déciderons donc que l'avantage résultant d'une pareille clause, au profit de l'un des époux, ne doit pas être regardé comme soumis aux règles des donations. Bien plus, le caractère de la clause ne changera pas, si elle confère au survivant des époux, sur la communauté ainsi formée, l'attribution prévue par les art. 1521, 1522, 1525. C'est la conséquence rigoureuse des principes que nous croyons avoir établi.

44. — Une difficulté cependant a été soulevée. Faut-il, pour que la convention ne soit pas réputée donation, que l'apport des futurs époux soit *réci-proque et réel*? Si l'apport de l'un des époux était dérisoire, l'avantage qu'il retirerait de l'établissement de la communauté à titre universel devrait-il être soumis à la réduction?

Nous pensons que jamais l'avantage n'est réductible. La communauté à titre universel, disent certains auteurs (Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, 1360), suppose un apport réciproque de la part des deux époux, apport qui peut être inégal, sans doute, mais

du moins réel de part et d'autre. Nous repoussons d'abord cette manière de voir. Si deux personnes, l'une très riche, l'autre ne possédant aucune fortune s'unissent sous le régime de la communauté légale, il ne viendra à l'idée de personne qu'il y ait lieu à réduction, l'art. 1496 est formel sur ce point. Or, si l'on compare la rédaction de l'art. 1401 et celle de l'art. 1526, on voit qu'il n'y a pas plus de raison pour supposer un apport réciproque dans le second cas, que dans le premier.

Mais laissons même de côté ce point de vue, admettons que s'il n'y a pas apport réciproque, il n'y a pas communauté à titre universel, la question n'en reste pas moins entière, car il s'agit en définitive de savoir, si cette clause par laquelle les deux époux mettent en communauté tout ce qu'ils possèdent et posséderont est ou non une convention matrimoniale, sujette à réduction, suivant que l'apport de l'un des futurs époux est nul, ou ne l'est pas.

Je dis qu'une pareille clause est une pure convention de mariage, dans tous les cas, sinon en vertu de l'art. 1526, du moins en vertu de l'art. 1505 ainsi conçu : lorsque les époux ou l'un d'eux font entrer en communauté tout ou partie de leurs immeubles présents ou futurs, cette clause s'appelle ameublement. *« Les époux ou l'un d'eux », « tout ou partie »* nous dit l'article. Ces expressions nous montrent bien que la clause que nous étudions rentre bien dans celle de l'art. 1505. Or, nous savons que cette

clause n'est jamais soumise à la réduction. « Si l'on admet ce système (celui de M. Rodière et Pont) dit Troplong, il n'y aurait guère de contrats de mariage, dont on ne pourrait renverser les bases, et la communauté légale elle-même n'échapperait pas à ce système d'équilibre et de pondération. » (*Contr. de mar.*, n° 2192).

Mais nous pousserons même notre doctrine plus loin que l'illustre jurisconsulte, et nous n'approuverons pas, comme lui, un arrêt de la Cour de cassation du 3 avril 1843. Dans l'espèce jugée par cet arrêt, le mari n'avait apporté pour tout droit à la communauté qu'un droit à une succession qui n'existait pas. La Cour vit là une simulation de donation, et Troplong approuve cette manière de voir. Mais comment peut-on admettre qu'il y ait là donation déguisée? Pour qu'un acte soit une donation déguisée, il faut nécessairement que, le déguisement enlevé, l'acte devienne une donation; mais, dans l'hypothèse en question, si l'époux avait dit : Je n'apporte rien, y aurait-il eu donation? Non, sans doute, d'après Troplong; dès lors, comment peut-on dire qu'il y a eu déguisement de donation? Je comprendrais que l'on put voir dans cette espèce une fraude, un dol pratiqué contre l'autre partie contractante, et si le contrat de mariage avait été un contrat ordinaire, on aurait pu le faire rescinder: mais le mariage rend immuable le contrat qui l'a précédé; aucune rescision n'est possible. On ne peut, en compensation, accorder aux héritiers

de la femme une action en réduction, ce serait le renversement de tous les principes juridiques.

Donc, dans aucun cas, la clause que nous étudions n'est soumise à la réduction.

E. — Régime sans communauté.

45. — Nous avons vu précédemment que l'attribution prévue dans l'art. 1525 ne pouvait être stipulée sans être soumise à la réduction au profit de l'un des époux et de ses héritiers, parce qu'une telle clause dépassait les termes de l'article.

Cependant, si les époux se marient sous le régime sans communauté, on arrivera au même résultat que s'ils avaient établi, dans le régime de la communauté, la clause de l'art. 1525 au profit du mari et de ses héritiers; y a-t-il lieu, dans ce cas, à réduction en faveur des enfants du mariage? Non; il suffit pour cela de lire le titre de la section IX « des conventions exclusives de communauté ». La clause portant que les futurs époux se marient sans communauté est une convention de mariage comme celles de la section précédente; elle échappe, comme elles, à la réduction.

Comment donc entendre la restriction que nous avons faite à propos de l'art. 1525.

Il faut l'entendre en ce sens, que si l'attribution est faite au profit de la femme et de ses héritiers, on se trouve encore sous l'application des règles de la communauté conventionnelle, il y a lieu à réduction.

Si elle est faite au profit du mari et de ses héritiers, on se trouve alors dans le régime sans communauté, car il n'est pas besoin pour établir un pareil régime, d'employer les mots « sans communauté » ; il suffit d'établir que l'on adopte les effets de ce régime. L'art. 1392 exigeant l'adoption expresse du régime dotal, exclue cette prescription pour les autres régimes.

Mais pourquoi cette différence entre le mari et la femme ? Pourquoi l'attribution à la femme est-elle un avantage, ne l'est-elle pas au contraire si elle est établie au profit du mari ? Il est difficile de l'expliquer, car le mari étant administrateur des biens peut diminuer l'attribution de la femme dans le premier cas, augmenter au contraire la sienne dans le second ; il y a donc plus de chance pour que l'attribution soit avantageuse au mari et insignifiante pour la femme.

On peut dire qu'en principe la loi voit un avantage dans l'attribution certaine à l'un des époux et à son défaut, à ses héritiers des économies faites sur les revenus. Par exception elle déroge à ce principe dans le mariage sans communauté ; peut-être est-elle alors dominée par cette idée, qu'aucune collaboration n'existant entre les époux, l'intérêt de l'économie sera très faible et les fruits et revenus se consommeront au jour le jour, en sorte qu'à la dissolution du mariage, l'avantage retiré pour le mari sera insensible ; mais nous le répétons il est difficile de bien saisir le motif de la loi.

Telle est, d'après nous, la vraie théorie sur les clauses conférant des avantages, qui entraînent augmentation.

46. — Donc, en nous résumant, pour qu'une clause renfermant un avantage soit considérée comme une pure convention matrimoniale au point de vue de la réduction :

1° Il faut que l'avantage porte sur les *biens entrés en communauté* ;

2° Que de *sa nature* elle ne viole pas les diverses restrictions que la loi a édictées pour les dispositions particulières.

De ce qui précède nous devons conclure que sous les régimes de séparation de biens ou dotal, toutes les clauses transférant des avantages sur les biens doivent être considérées comme des donations. Si dans ces régimes, il est établi une société d'acquêts, on revient, pour les clauses qu'elle renferme, aux règles que nous avons formulées, lorsqu'il y avait communauté.

II. — *Réduction au profit des enfants issus de précédents mariages.*

47. — Comme nous l'avons vu, l'idée de réduction n'est pas nécessairement attachée à celle de donation, mais plutôt à celle de protection des héritiers. Le législateur a pensé que la protection était moins utile aux enfants *à naître du mariage*, car ce qu'ils

auraient recueilli, s'il n'y eut eu de clause contraire, dans la succession de leur mère, ils le recueilleront en général dans celle de leur père ou *vice versa*. La même raison n'existait plus à l'égard des enfants issus d'un premier lit, et la loi devait les protéger contre le préjudice que pouvait leur causer le père ou la mère, désireux de contracter un nouveau mariage, et trop souvent poussés par ce désir à compromettre les droits et la fortune de leur enfant.

Toute clause qui tendrait dans ses effets à donner au nouvel époux au-delà de la portion réglée par l'art. 1098 sera sans effet pour tout l'excédant de cette portion relativement aux enfants d'un premier lit.

Telle est la règle formulée par les art. 1496 et 1527.

L'origine de cette règle se trouve dans l'édit des *secondes noces* rendu en 1560 sous l'inspiration du chancelier L'Hôpital. L'édit défendait, dans son premier chef, aux femmes veuves ayant des enfants, de donner à leurs nouveaux maris plus d'une part d'enfant et d'enfant le moins prenant, au cas où il y aurait division inégale. Le motif de cet édit était de ne pas laisser en proie à la misère les enfants, que la mère abandonnait en faisant des donations ruineuses à leur mari, sous prétexte et faveur du mariage ; ce n'est pas en haine des secondes noces que cette réduction est ordonnée, c'est pour l'utilité des enfants d'un premier lit *non in odium nympharum, sed*

ad utilitatem liberorum. (Perennius, *De secundis nuptiis*, n° 5). L'art. 279 de la coutume de Paris rapporte la même disposition. Pothier nous montre que cette théorie était admise dans l'ancien droit (*Contrat de mar.*, 549). Le Code ne distingue pas entre les femmes et les maris ; les donations sont, dans tous les cas, soumises à la réduction. Et d'abord les avantages provenant de mises inégales dans la communauté étaient soumis à la réduction. L'art. 1098 est formel sur ce point. Cependant une discussion s'était élevée sur la question de savoir si les avantages provenant pour l'un des époux de la chute en communauté d'une succession mobilière étaient aussi soumis à la réduction.

Le doute provenait de ce que cet avantage était indépendant de la volonté des époux. L'on comprend, disaient Pothier et Lebrun, qu'il y ait lieu à réduction pour les avantages résultant d'une convention expresse, car nous trouvons ici l'intention d'avantager le nouvel époux au détriment de l'enfant, intention que repousse le législateur.

L'on comprend aussi que la réduction saisisse les avantages provenant de l'établissement de la communauté légale à défaut de contrat ; nous retrouvons ici la même intention. L'établissement de la communauté légale n'est, en effet, que le résultat d'une convention tacite ; mais peut-on en dire autant des successions échues pendant le mariage ! Les époux étaient-ils sûrs de recueillir la succession ?

L'avantage obtenu ne provient-il pas plutôt de la *volonté d'un tiers* que de celle de l'un des époux? et ne doit-on pas admettre qu'il ne peut y être question de donation, et par suite de réduction? (Pothier, *Contrat de mar.*, 531).

Je n'admettrai pas ce système; il repose sur cette idée que la réduction suppose nécessairement une intention libérale de la part de l'un des époux. Nous avons émis l'opinion contraire. Le législateur a eu pour but de protéger les enfants d'un premier lit, se fondant précisément plutôt sur l'inconscience et la faiblesse des époux que sur leur véritable intention; ceci semble résulter des motifs établis par l'édit des secondes nocés. D'ailleurs les raisons de doute qui existaient pour Pothier et Lebrun n'existent plus pour nous. L'art. 1496, venant après toutes les dispositions sur la communauté légale, nous dit expressément qu'il y a lieu à réduction toutes les fois que « la confusion du mobilier opère un avantage. » Il ne fait donc aucune restriction. La seule chose à considérer est le résultat; l'avantage, de quelque façon qu'il survienne, dépasse-t-il le disponible, il y a réduction.

Un seul auteur depuis la confection du Code, Toullier, a soutenu la théorie de Pothier (tome 13, n° 190). Il y a néanmoins apporté une restriction. Si le nouvel époux avait exclu de la communauté, les successions qui pourraient lui échoir et que l'autre n'eut pas imité cet exemple, ces deux circonstances

réunies, dit Toullier, devraient faire considérer l'omission comme un avantage fait au nouvel époux et sujet à réduction. — Mais qui ne voit que cette conséquence, toute logique, infirme son système ? Au lieu d'avoir une règle unique, il faudrait en avoir autant que d'espèces différentes ; surviendraient de suite les questions d'appréciation, ce serait une source intarissable de procès, ce serait tomber dans le mal que le Code a voulu éviter.

Ainsi tout avantage provenant de la confusion du mobilier et des dettes est soumis à la réduction de l'art. 1098 ; mais il y a cependant à cela une exception formulée par l'art 1527..

49. — Les simples *bénéfices* résultant des travaux communs, ne sont pas ainsi que les revenus des biens, soumis à la réduction. S'il en était autrement, on enlèverait tout stimulant à l'association conjugale et la protection des enfants issus d'un précédent mariage serait elle-même exagérée, car l'idée de dépouillement disparaît, lorsqu'il s'agit de revenus. La fortune des époux s'accroît ici, non au moyen d'un *avantage*, mais par la *collaboration* de chacun des époux, collaboration regardée avec une telle faveur par le législateur, qu'il a établi pour régime de droit commun, celui où elle avait une plus grande part. « Un second mari, disait Pothier, n'est censé avantagé que de ce que sa femme a apporté de plus que lui en principal. »

Mais l'exception n'est relative qu'aux bénéfices et

revenus, perçus au cours du mariage, avant qu'ils n'aient été capitalisés. Si l'un des époux par son industrie apporte plus de bénéfices à la communauté, s'il apporte des capitaux plus considérables que son conjoint, ce dernier acquiert évidemment un avantage et cet avantage n'est pas soumis à réduction.

Il n'en serait pas de même si l'avantage provenait de la *répartition inégale des bénéfices communs* au jour de la dissolution, car l'effet même de cette dissolution est de tout capitaliser. Il n'y a plus de revenus ; ceux-ci, s'ils n'ont été consommés au cours du mariage, deviennent des capitaux, qui s'ajoutent aux biens primitifs, pour former la masse partageable de la société.

Ceci nous amène à rechercher si l'art. 1527 ne vise pas seulement l'hypothèse prévue par l'art. 1496, mais s'étend à toutes les conventions de mariage qui tendraient à donner aux futurs époux un avantage supérieur à celui de l'art. 1098 ; et si la restrictive apportée par ce même art. 1527, relativement aux bénéfices, s'entend de l'attribution des bénéfices à l'un des époux par une clause de partage inégal.

50. — En particulier l'art. 1525 permet d'attribuer au survivant des époux la totalité des *bénéfices* de la communauté : est-ce bien de ces sortes de bénéfices dont parle l'art. 1527 ? Est-ce simplement de l'avantage résultant du partage par moitié des économies du ménage, qui proviennent en majeure partie de la fortune de l'un des deux époux ?

Nous opterons, avec la majorité des auteurs et la jurisprudence, pour cette dernière interprétation et nous devons dire que l'opinion contraire ne peut se déduire des termes de l'art. 1527, qu'à force de subtilités et après avoir véritablement torturé le texte. Voici cet article, il importe de le bien examiner dans toutes ses parties :

« Ce qui est dit aux huit sections ci-dessus, ne limite pas à leurs dispositions précises les stipulations dont est susceptible la communauté conventionnelle.

« Les époux peuvent faire toutes autres conventions, ainsi qu'il est dit à l'art. 1387, et sauf les modifications portées par les art. 1388, 1389 et 1390.

« Néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'art. 1098 au titre des *Donations entre vifs ou des testaments*, sera sans effet pour tout l'excédent de cette portion ; mais les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit. »

Ainsi, dans le premier alinéa, la loi nous permet de faire toutes autres conventions que celles qu'elle a énoncées précédemment, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux prescriptions des art. 1388, 1389

et 1390. Notamment les futurs époux ne peuvent établir comme *convention entre associés* ce que la loi répute donation, ce serait aller contre les dispositions du Code (art. 1388). Aussi, pour qu'une clause soit regardée par la loi comme convention de mariage, faut-il qu'elle soit soumise, en vertu de l'art. 1527 même, aux conditions que nous avons indiquées plus haut.

Ces conditions établies, les parties peuvent faire telles conventions qu'ils voudront; quels que soient les avantages qu'elles procurent, elles ne seront pas soumises à la réduction au profit des enfants issus du mariage.

Mais *toutes ces conventions*, et non pas seulement celles prévues par l'art. 1496, seront réductibles en faveur des enfants d'un premier lit, si elles tendent à donner à l'un des époux un avantage supérieur à celui que permet l'art. 1098. On ne peut comprendre comment Coin-Delisle, *Revue critique*, tome 20, p. 483, a pu, en présence de cette expression « toute convention », soutenir que cette partie de l'art. 1527 ne visait que les avantages résultant d'apports inégaux. — Il y a, dit-il, un *parallélisme* complet entre les art. 1496 et 1527 qui terminent, l'un la communauté légale, l'autre la communauté conventionnelle, et si l'art. 1496 ne s'occupe que des capitaux excessifs entrés d'un côté dans la communauté, l'article 1527 ne peut s'occuper des fruits et revenus pour en ordonner le partage par moitié. Et partant

de cette idée de parallélisme entre les deux articles, il croit en déduire que l'art. 1527, comme l'art. 1496, n'est écrit qu'en vue de régler la liquidation et le partage. Si l'art. 1527 parle de bénéfices résultant de travaux communs, conclut-il, il a en vue la masse ou le résultat des bénéfices au jour de la liquidation, c'est-à-dire après le paiement des dettes et le prélèvement des fonds et capitaux de chaque époux.

Etrange conclusion ! Que l'art. 1527 vise la liquidation de la communauté, nous n'en disconviendrons pas ; toute règle touchant à une question de réduction se rapporte, en effet, au jour où cette réduction peut s'opérer. Mais ceci ne se déduit nullement du prétendu parallélisme entre les art. 1496 et 1527. En outre quelle raison a-t-on d'établir ce parfait parallélisme ? Parce que les deux articles se trouvent : l'un à la fin de la communauté légale, l'autre à la fin de la communauté conventionnelle, devrait-on en conclure que si l'un parle seulement des mises en communauté, l'autre ne pourra pas être écrit dans une vue plus large et s'appliquer aussi aux parts inégales ? J'ajoute que si l'art. 1496 n'a en vue que les mises, c'est que sous la communauté légale, il ne pouvait être question de partage inégal, et de ce qu'il n'était pas possible que l'art. 1496 se préoccupe des attributions inégales, on ne doit pas en conclure que la même impossibilité existait pour l'art. 1527, quand surtout cet article emploie, en in-

diquant les conventions qu'il vise, cette expression si universelle « *toute convention* ».

Nous l'avons dit, toute règle de réduction se rapporte au jour où l'héritage est transmis; ce n'est pas un motif pour que l'on assigne aux termes qu'elle renferme, la signification qu'auront spécialement ces termes à ce jour. Supposons que dans ce même article 1527, la loi ait voulu soumettre à la réduction l'avantage résultant du partage par moitié des bénéfices faits sur les revenus inégaux des deux époux; n'aurait-elle pas pu employer ce mot bénéfices, sous prétexte qu'elle était écrite en vue d'un jour où le mot « bénéfices » aurait un autre sens? Personne n'admettra une telle idée, et avouons même qu'il a fallu une grande subtilité pour arriver à la concevoir.

Donc l'art. 1525, comme *toute convention* de mariage, tombe sous l'application de l'alinéa « Néanmoins » de l'art. 1527.

De plus, le second alinéa : « Mais les simples bénéfices » n'excepte pas de l'application du premier alinéa cette convention.

Nous avons démontré que l'expression *bénéfices*, dans l'art. 1527, pouvait ne pas s'entendre de l'attribution de la totalité de la communauté, nous ajoutons qu'elle ne peut pas s'entendre en ce sens.

Les termes eux-mêmes ne sont-ils pas assez clairs? « les simples bénéfices résultant des travaux communs » non d'une attribution convenue, — « quoique inégaux », -- n'est-ce pas viser simplement le cas

d'inégalité des mises? Faut-il encore rapprocher cette expression « simples revenus » de la phrase de Pothier, que nous avons reproduite plus haut : « Le second mari n'est censé avantagé de ce que la femme a apporté en *principal*; ce que la femme apporte de plus en *revenus*, n'est pas réputé, etc. »

Si d'ailleurs la loi appelait *simples* bénéfices, le bénéfice *entier* de la communauté, il faut avouer que l'expression serait quelque peu impropre.

Notre doctrine peut être encore confirmée par le texte même de l'art. 1098. L'art. 1527 se réfère pour la réduction à l'art. 1098, or, que nous dit cet article? que l'époux binube ne pourra donner, *dans aucun cas*, plus d'une part d'enfant. *Dans aucun cas*, nous ne retrouvons plus cette force de la prohibition dans l'art. 1098, et la valeur de cette expression est d'autant plus grande en faveur de notre système, quel'on peut voir toute la ressemblance qui existe entre cet article et l'édit des secondes noccs, qui portait, que l'on pouvait donner « *en quelque façons* que ce soit » plus de. — L'on sait d'ailleurs que dans la législation ancienne, ce n'était pas là un vain mot, et que le l'édit était appliqué avec sévérité à toutes les conventions de mariage.

Ainsi toutes les conventions de mariage et en particulier celle de l'art. 1525, sont soumises à l'action en retranchement des enfants d'un premier lit. Nous avons donné de cette assertion la preuve directe, il nous reste maintenant à réfuter les nombreuses

objections faites au système que nous défendons.

1° La clause de l'art. 1525 ne porte aucun préjudice aux enfants du premier lit, puisque les bénéfices de la communauté n'ont jamais *été en la propriété* de ses père et mère, et que son ascendant remarié reprend tout ce qu'il avait apporté en communauté.

J'accorde bien que la clause ne touche nullement aux biens appartenant au père ou à la mère binube, mais on ne peut cependant nier le préjudice. Si ce second mariage n'avait pas eu lieu, les biens de ce père ou de cette mère se seraient certainement accrus par l'économie des revenus; le mariage fait dans de telles conditions pourra donc être d'un grand préjudice pour l'enfant, surtout si la clause est faite *au profit de l'époux non binube, au cas où il survivrait*. On insiste, et l'on dit : s'il y a préjudice, la loi ne peut en tenir compte, car le préjudice ne provient pas ici d'une aliénation, et toute réduction suppose une aliénation. J'accorde encore ce principe, mais je crois que l'action que donne le législateur aux enfants d'un premier lit est d'une nature particulière, une action toute d'équité, ne se tenant pas à la rigueur juridique des principes. L'art. 1496, ne nous dit pas « action en *réduction* » mais « action en *retranchement* », ce qui semble bien indiquer qu'il s'agit d'une action différente de l'action en réduction en matière de droit commun. Je dis que l'action est une action d'équité et dès lors

la loi devait empêcher de déroger à la règle de l'article 743, qui établit l'égalité entre tous les enfants des divers lits, égalité qui en fait n'aurait jamais existé, si la loi avait permis que la clause de l'article 1525 ne fut pas soumise à la réduction.

Une deuxième objection se tire des travaux préparatoires. Le titre des donations et des testaments, dit-on, a été discuté six mois avant celui du contrat de mariage. En édictant l'article 1098, le législateur ne pensait donc qu'aux donations et non aux conventions de mariage. Or rien ne prouve que lors de la discussion du titre de contrat de mariage, il ait voulu soumettre toutes les conventions de mariage à l'application de l'article 1098. S'il a voulu y soumettre quelques-unes d'entre elles, il s'en est formellement exprimé comme dans l'article 1496. — Nous avons réfuté cette objection en établissant la généralité de l'article 1527. En discutant le titre du contrat de mariage, le législateur ne perdait pas de vue l'article 1098, dont il nous parle à deux reprises différentes.

Enfin une dernière objection, plus sérieuse, s'appuie sur ce que la femme peut se marier, soit sous le régime dotal, soit sous le régime sans communauté, sans qu'il y ait lieu à aucune action en retranchement.

Cela est vrai, l'art. 1527 s'applique aux conventions de communauté et non aux conventions exclusives de communauté. Y a-t-il là une contradiction

avec le système que nous avons admis ? Avouons tout d'abord la difficulté que nous éprouvons à concilier les deux résultats. Cependant voici l'explication que l'on peut donner :

Le législateur n'a pas entendu relier tous les régimes de mariage à une même idée. Le régime de communauté repose sur cette idée que pour mieux établir l'union de l'homme et de la femme, il faut unir leurs efforts dans un intérêt commun. — Si les charges du mariage sont inférieures aux revenus, le bénéfice se répartira entre les deux époux, si elles sont supérieures, la perte pourra se répartir aussi tant sur les biens du mari que sur ceux de la femme. Le principe du régime dotal est tout autre : le bénéfice appartient toujours au mari, mais en compensation, la perte ne pourra dans aucun cas porter sur les biens de la femme, du moins dans le régime dotal, proprement dit, tel que le Code l'édicte. Ces deux principes très différents peuvent ainsi engendrer des conséquences très différentes, sans que, pour cela, l'on puisse reprocher au législateur une contradiction ; tout ce qui doit être exigé, c'est que la conséquence dérive du principe.

Dans le régime de communauté, il est tout naturel que la clause de l'art. 1525 soit réductible au profit des enfants d'un premier lit, car le législateur suppose que l'effet de la collaboration commune est de produire une augmentation des apports de chacun des époux ; ne pas faire profiter de cette augmenta-

tion les enfants d'un premier mariage, c'est favoriser les enfants du second, c'est aller contrairement au vœu de l'art. 745. Il n'en est pas de même s'il y a établissement du régime dotal. Le législateur a admis ce régime, parce qu'il était en usage dans les pays de droit écrit, et qu'il donnait en outre une garantie spéciale pour la restitution de la dot; mais il ne suppose plus comme dans le premier régime l'économie, la prospérité, il n'y a plus collaboration, les fruits sont censés consommés au jour le jour, et l'avantage qui résultera pour le mari à la dissolution du mariage, des économies faites sur les revenus, sera réputé trop minime pour être la cause d'un préjudice à l'égard des enfants d'un premier lit. Toutes ces observations s'appliquent également au régime sans communauté.

Au surplus, comment pourra-t-on, sous le régime dotal ou sous le régime sans communauté, établir à la dissolution du mariage, les bases de la réduction? Il faudra calculer quel serait à ce prix la fortune de la femme, si, après avoir contribué en égale portion avec le mari aux charges du ménage, les économies, faites sur les revenus, s'étaient ajoutées à mesure à ses biens dotaux. Or ce calcul sera impossible, si le mari chaque année, n'a dressé un état de la fortune de la femme. Le même inconvénient ne se retrouve plus dans le régime de la communauté, car la loi a établi une présomption tirée de la nature même de la société entre mari et femme, à savoir que

les biens de chaque époux donnent chaque année des revenus égaux, d'où il résulte, qu'à la dissolution du mariage, la fortune de chacun des époux est réputée se composer et des biens appartenant à cet époux, et de la moitié des bénéfices de la communauté.

Ainsi nous paraît justifié ce principe, que toute clause de partage inégal donne lieu à l'action en retranchement.

Pour compléter notre étude sur la réduction des conventions de mariage, nous devons rechercher si la réduction est régie ici par les mêmes règles que les donations ordinaires.

51. — D'abord lorsqu'il existe des enfants issus du mariage, ou, à leur défaut, des ascendants survivants, la loi fixe une quotité disponible spéciale. Cette quotité est toujours plus forte que la quotité ordinaire, s'il n'y a pas d'enfants; elle est plus forte lorsqu'il y a plus de deux enfants, plus faible lorsqu'il y en a un seul. Faut-il dire, avec plusieurs auteurs, notamment avec M. Benech, que cette quotité est purement extensive de la quotité ordinaire, et que s'il n'y a qu'un seul ou deux enfants, les futurs époux pourront disposer entre eux, comme s'ils étaient étrangers l'un à l'autre? Nous ne le pensons pas.

Il y avait un grand danger à ce que les futurs époux, entraînés par le désir du mariage, se fassent des donations immodérées, sans préoccupation aucune pour l'avenir de leurs enfants; un grand détriment pouvait en résulter pour ceux-ci, au cas où

l'un des époux convolerait plus tard en secondes noces. D'un autre côté, il était fort équitable que les époux puissent s'assurer une existence convenable après la dissolution du mariage. Combinant ces deux idées, la loi permit aux futurs époux de se donner une certaine quotité de leurs biens, quotité qui lui parut suffisante pour subvenir aux besoins du conjoint survivant, et de mettre celui-ci en même de conserver dans la société le rang qu'il avait occupé jusque-là. Au-delà de cette quotité, la loi regarda la donation comme sans nécessité pour le survivant, et comme une atteinte aux droits des enfants. On voit qu'ainsi comprise le quantum de la quotité dut être fixe et indépendant du nombre des enfants.

Telle est l'explication de l'art. 1094. On voit qu'elle réfute suffisamment la doctrine qui prétend que cet article ne peut être conçu dans un esprit à la fois extensif et restrictif de la quotité disponible ordinaire.

La doctrine adverse tire des travaux préparatoires une objection à notre solution. On sait, disent ses partisans, que d'après un premier projet de loi (art. 16) la quotité disponible était invariable en matière de donations ordinaires, et tout-à-fait indépendante du nombre des enfants : elle était d'un quart en toute propriété et d'un quart en usufruit. L'art. 151 du projet de loi, qui est devenu l'art. 1094, maintenait aussi une quotité disponible invariable entre époux ; mais elle était d'un quart en toute pro-

priété et d'un quart en usufruit. Donc, d'après l'esprit du projet, la quotité disponible entre époux était exclusive de celle de droit commun. L'art. 151 n'ayant pas été modifié, son esprit est resté le même et l'art. 1094 est aussi aujourd'hui purement extensif.

La conclusion n'est pas juste. Que résulte-t-il en effet de ces travaux préparatoires? que dans le projet l'idée de la quotité disponible fut tout autre que celle qui finalement triompha, et qui était la seule rationnelle. La quotité disponible devait être en effet limitée dans le but d'assurer des ressources à certains héritiers; plus ces héritiers étaient nombreux, plus la réserve devait être grande, et il était nécessaire pour atteindre ce but qu'elle ne fût pas invariable. Le projet primitif au contraire reposa sur une autre idée et ne sembla considérer la réserve, que comme une restriction au droit entier du disposant sur ces biens; c'était le principe des réserves coutumières, établies non pas tant pour assurer un recours aux héritiers, que comme conséquence de cette idée, que la famille comme être collectif a un certain droit sur les biens, que possède particulièrement un de ses membres; la quotité, d'après ces principes, devait être invariable. Les rédacteurs du Code civil abandonnèrent le principe de la propriété collective et modifièrent l'art. 16, d'après des vues bien plus pratiques. L'art. 151 au contraire ne fut pas modifié, car ici, comme nous l'avons vu, la réserve obéissait à un tout autre ordre d'idées. La modification de l'art. 16

ne doit donc être nullement étendue à l'art. 1094.

Un fait historique vient donner une nouvelle confirmation à notre théorie ; c'est une observation que fit au Tribunat, lors de la discussion de la quotité disponible, la section de législation. « Dans le cas où il y aurait des enfants, la section pense qu'il est juste, qu'un époux puisse donner à l'autre tout ce dont il pourrait disposer en propriété à l'égard d'un étranger ou la moitié de ses biens en usufruit. » (Fenet, t. XIII, p. 417).

N'est-ce pas dire que le système, que nous combattons, non seulement ne pouvait être déduit du texte de la loi, mais même n'entraînait pas du tout dans les vues du législateur ; or la proposition de la section fut repoussée et le projet passa tel qu'il avait été présenté en dernier lieu. C'est là, je crois, un argument irréfutable en faveur de notre doctrine.

Aujourd'hui la doctrine, après avoir suivi un instant les idées de Benech, adopte avec la jurisprudence le système que nous venons d'exposer (arrêt du 4 janv. 1869, D. 1869, I, 10).

52. — Lorsqu'il existe des enfants d'un premier lit, la quotité de l'art. 1098 est toujours plus faible que la quotité ordinaire, sauf dans un cas, celui où il y a trois enfants, soit du premier, soit du second lit indistinctement ; alors elle lui est égale.

La rigueur de la loi est donc plus grande ici qu'en matière de droit commun. Ainsi avons-nous vu que les avantages établis par la clause de l'ar-

ticle 1525 étaient réductibles au profit de ces enfants, bien qu'il n'y eut pas de mutation de propriété.

Faut-il, en se fondant sur cette grande protection de la loi, appliquer aussi la règle de l'ancien droit, et permettre au donateur lui-même d'exercer la réduction? Faut-il déroger ici à la règle de l'art. 921, qui accorde seulement aux *réservataires* le droit d'intenter cette action?

Dans l'ancien droit, le conjoint remarié pouvait lui-même demander la réduction d'une communauté qui avait été établie contre l'édit (Lebrun, 1, 2 et 5, sect. I, tit. 3, n° 18, et Ricard, *Donation*, part. 3, chap. 9, glos. nos 1102 et 1200).

Mais l'art. 1496 rejette absolument cette doctrine : « Les enfants du premier lit auront l'action en retranchement; » il faudrait rejeter le donateur de sa demande.

Cependant la Cour de Bordeaux a jugé, dans un arrêt du 5 juillet 1824 (Devil., 72, 398), que le donateur pouvait demander la réduction. Cet arrêt se fonde sur les termes absolus des art. 1098, 1099 et 1527. Toute donation indirecte, dit-il, dépassant la quotité de l'art. 1098, est *nulle* et sans effet : donc une convention établissant un avantage au détriment des enfants est nulle, *ergà omnes*, et le donateur peut en exiger la réduction. — Nous croyons fausse cette théorie : il ne faut pas se méprendre sur la portée de ces mots « *nulle, sans effet* », et ne pas y attacher plus d'étendue que n'a voulu leur en donner le

législateur. La nullité n'est pas d'abord si absolue, puisque les enfants du premier lit venant à mourir, la réserve s'éteint. La convention n'est donc pas sous le coup d'une annulation, mais d'une réduction, c'est-à-dire d'une opération tout-à-fait conditionnelle ; le surplus de la donation exagérée est sans effet en ce sens, que la donation ne peut violer le droit des enfants réservataires, voilà tout. Nous rappellerons, en outre, que l'arrêt cité ne tient aucun compte de l'art. 1496 qui est exprès ; nous pouvons aussi invoquer en notre faveur un arrêt rendu par la Cour d'appel de Colmar, du 19 février 1845 (Daloz, 1846, 2, 197).

53. — La réserve de l'art. 1098 est établie en faveur des enfants d'un premier mariage ; ces enfants sont-ils cependant les seuls à pouvoir exercer l'action en retranchement ? Il faut d'abord admettre que s'il y a des enfants du second lit, ceux-ci *profiteront*, comme les enfants du premier, de l'action en retranchement. Dans les pays de droit écrit, cette règle n'était pas complètement suivie, et l'on se basait sur la Nouvelle²², ch. 27, pour faire profiter exclusivement de la réserve les enfants d'un premier lit, comme compensation de ce qui avait été donné au mari. Les pays coutumiers, au contraire, admettaient le principe d'égalité pour les enfants des divers lits ; c'était du reste le droit établi au Code, loi 9, *De secundis nuptiis*.

Nous voyons que dans toutes les autres questions de droit, dans les successions, par exemple, le légis-

lateur a maintenu le principe des pays coutumiers (945), il l'a donc admis dans notre matière.

Dès lors, on voit que les enfants du second lit ont même un intérêt à exercer cette action en retranchement, créée néanmoins pour les enfants du premier lit. Pourront-ils l'exercer ? Pour résoudre la question, il est nécessaire de faire plusieurs distinctions.

D'abord l'action en retranchement s'éteint absolument, lorsqu'au décès du donateur, les enfants du premier lit sont tous morts ou tous renonçant. Dans le premier cas, il ne peut être question de réserve et de protection. Dans le second cas, l'action ne peut exister non plus, car pour avoir droit à une réserve, « il faut être héritier ». C'est un principe général du Code auquel il n'est ici nullement dérogé.

54. — Reste le cas où les enfants du premier lit, sans exercer l'action en retranchement, acceptent la succession, ou y renoncent, moyennant un prix, ce qui est identique.

Il est évident que dans ces conditions, le droit à la réduction s'est ouvert pour les enfants du premier lit. Il s'est ouvert par suite pour les enfants du deuxième lit, car tous les enfants indistinctement ont un droit égal à la réserve ; dès lors ces derniers pourront exercer l'action. Le fondement de leur droit se trouve sans doute dans la qualité d'héritiers, qui appartient aux enfants du premier lit, mais l'existence de cette qualité n'est qu'une condition, le droit est le *même*

pour tous les lits, une fois la condition accomplie.

55. — Quelques auteurs refusent l'action aux enfants du deuxième lit, tout en leur reconnaissant un droit à la réserve. Ils raisonnent par *a contrario* de l'art. 1496 ; mais cet argument est faible, lorsqu'il entraîne une anomalie juridique, comme la reconnaissance d'un droit non muni d'actions.

En outre il est un argument décisif en cette matière, c'est la tradition ; or il est constant que dans l'ancien droit (Pothier, *Contrat de mariage*, 367), les enfants du deuxième lit pouvaient agir en retranchement.

56. — Nous avons, par l'étude précédente, défini ce qu'était un avantage regardé, comme pure convention matrimoniale et nous avons vu que la principale conséquence que la loi attachait à cette distinction des donations et des conventions matrimoniales, c'est que ces dernières n'étaient pas soumises à la réduction de l'article 1094.

Toutefois cette distinction a une plus grande portée ; la loi opposant le mot convention matrimoniale au mot donation, écarte du premier acte non-seulement la réduction, mais même les autres règles des donations. C'est ce qu'elle dit expressément dans l'article 1525. De même l'article 1516 ne parle pas particulièrement de la réduction. Donc, en règle générale toutes les pures conventions de mariage échappent aux règles des donations, à moins qu'il n'y ait une raison particulière d'exception. Nous allons développer ce point dans le paragraphe suivant.

SECTION II. — Autres règles.

I. — *Garantie.*

55.— Les clauses, que nous avons appelées, avec la loi, pures conventions de mariage, quoique contenant des avantages pour l'un des époux, entraînent-elles l'obligation de *garantie*?

Nous avons vu que la femme était garante de tout ce qu'elle se constituait en dot.

Dès lors, il faut appliquer ce principe à l'ameublement, car par ce fait la femme ne fait que se constituer en dot un immeuble, et les art. 1440, 1547 ne font aucune distinction entre les meubles et immeubles. On ne reut objecter que souvent l'ameublement est fait pour inégaliser les apports; que, dans ce cas, il y a avantage non soumis à la garantie, et la question fut en effet controversée dans l'ancien droit (Pothier, tit. X, n° 5, Introd. à la Cout. d'Orléans); on ne peut, dis-je, faire une telle objection, car nous avons vu précisément que la loi ne reconnaissait jamais que l'ameublement puisse constituer un avantage.

Nous en dirons de même de l'ameublement indéterminé de première espèce. Cet ameublement ne rend pas la communauté propriétaire, il est vrai, mais la constitution de dot sous le régime dotal ne rend pas davantage le mari propriétaire des biens

dotaux, et cependant il est dû garantie. C'est que, pour qu'il y ait éviction en notre matière, il suffit qu'il y ait préjudice causé à la communauté ou au mari. Si, dans l'hypothèse qui nous occupe, la communauté est évincée de l'immeuble, elle perd un gage sur lequel elle comptait, la garantie sera due.

Quant à l'ameublement indéterminé de seconde espèce, il ne peut être soumis à la garantie; les universalités se composent, en effet, de l'excédant de l'actif sur le passif.

Il ne peut être question de garantie à propos de l'art. 1525, car l'attribution ne porte précisément que sur les biens conquêts de la communauté, et sur ces biens tels qu'ils seront au jour de la dissolution. Il en est de même des clauses des art. 1521 et 1522, l'attribution est à titre universel.

58. — Mais *quid* du préciput? Ici la question semble tranchée par l'art. 1519 ainsi conçu : Les créanciers de la communauté ont toujours le droit de faire vendre les effets compris dans le préciput, sauf *le recours* de l'époux, conformément à l'art. 1515.

A première vue, on pourrait croire que le recours est toujours admis contre les héritiers du prédécédé; mais il faut tenir compte de ceci, c'est que le véritable préciput n'est que le prélèvement sur la masse partageable de la communauté, c'est-à-dire sur son actif net, toutes dettes payées. Pour que la clause produise quelque effet, il faut donc qu'il y ait un actif et le préciput n'existera, que jusqu'à concurrence

de cet actif; pour le surplus, il ne sera dû garantie, car pour ce surplus la clause sera non avenue.

Il n'en serait pas de même si le préciput était en réalité une créance, si par exemple il était stipulé au profit de la femme survivante et renonçante; c'est alors que le recours a lieu, comme pour une créance ordinaire.

D'ailleurs l'art. 1519 se réfère à l'art. 1523, c'est uniquement en vue de la distinction de ces deux sortes de préciput.

Il est inutile d'ajouter que la garantie n'est jamais exigée, si l'éviction provient de la réduction au profit des enfants d'un premier lit. Cette réduction est établie dans un but d'ordre public, et l'époux qui a procuré l'avantage, ne peut pas être présumé s'être engagé à ne pas respecter la loi.

II. — *Rapport et révocation.*

59. — D'après notre observation générale, toutes les conventions qui échappent à la réduction de l'article 1094, échappent aussi au *rapport*.

Mais que déciderons-nous pour ces conventions, considérées par la loi comme donations, qui revêtent un certain caractère d'association? Par exemple pour la stipulation que la totalité de la communauté, sans aucune réserve, appartiendra au survivant?

Ne pourrait-on pas dire que dans ces cas il n'y a plus lieu au rapport en se fondant sur l'art. 854? Le rapport n'est pas dû pour les associations faites,

sans fraude, lorsque les conditions ont été réglées par acte authentique. » — Je ne le crois pas. Le mot « *pareillement* », qui lie cet article au précédent, indique que les conventions ne doivent présenter aucun avantage indirect au jour, où elles ont été formées. Or la loi présume bien qu'il y a avantage indirect au jour où elles ont été formées, puisque la réduction a lieu certainement.

Le rapport sera dû en outre, parce que les articles 843 et 919 nous disent que la dispense de rapport doit être *expresse*. Ces articles font tomber une objection : de ce qu'il y a *déguisement* de donation, nous dit-on, il y a manifestation de la part du disposant de dispenser du rapport. Ce serait toujours là une dispense tacite et la loi ne la reconnaît pas ; c'est du reste pleine équité, car le déguisement de la forme peut reposer sur tous autres motifs ; la crainte de déplaire à tels ou tels parents, le désir de soustraire le donataire ou soi-même à des frais énormes de mutation, etc.

60. — Les avantages, réputés conventions matrimoniales, en bonne logique, ne doivent pas être révocables pour cause d'ingratitude puisqu'ils ne sont pas considérés comme des donations.

Cependant, d'après un système que nous avons admis, ils devront d'abord être révoqués par la séparation : le mot « avantage » de l'article 299 s'étend plus qu'aux donations puisqu'il comprend le préciput.

Quant à la survenance d'enfants, nous n'avons aucun motif de déroger à l'observation générale. Les avantages indirects ne sont pas révocables.

III. — *Action Paulienne.*

61. — La distinction de l'acte à titre gratuit et de l'acte à titre onéreux, n'a aucun intérêt relativement à l'action de l'article 1167.

Cette action suppose une *aliénation* chez les débiteurs; or aucune convention matrimoniale, alors même qu'elle constitue une véritable mutation de propriété, n'est considérée comme telle à l'égard des créanciers.

Ceux-ci, en effet, si leur créance a date certaine antérieure au mariage, peuvent la poursuivre sur les biens de la communauté, pour le tout, ou jusqu'à concurrence seulement de ce qui est tombé du chef de l'époux débiteur, s'il y a eu séparation de dettes (art. 1409, 1519) et inventaire.

Remarquons cependant que les créanciers chirographaires pourraient souffrir dans un cas de la formation de certaines conventions matrimoniales.

Supposons qu'il y ait séparation de dettes et clause de partage inégal transcrite au profit de l'époux non débiteur. Si les créanciers n'agissent qu'après la dissolution du mariage, ils ne pourront poursuivre que les héritiers de l'époux débiteur, et si une clause a diminué le patrimoine de ceux-ci, le détriment en pourra rejaillir sur les créanciers. Mais même dans

ce cas, cette clause ne pourra être considérée, comme faite en fraude des créanciers, puisque ces derniers en agissant pendant le mariage se trouveront dans la même position qu'avant sa célébration; l'intérêt de la distinction est donc ici sans aucune importance.

CHAPITRE IV.

DISTINCTION DES CONVENTIONS DE MARIAGE DES DONATIONS AU POINT DE VUE FISCAL.

62. — Nous allons maintenant étudier les clauses du contrat de mariage au point de vue fiscal.

Auparavant nous rappellerons quelques principes fondamentaux de l'enregistrement.

Quel que soit le régime adopté dans le contrat de mariage, il y aura toujours, sauf sous le régime de séparation de biens, soit en propriété, soit en jouissance, *transmission* de biens de l'un des futurs conjoints au profit du fonds commun, ou de l'autre conjoint. Si le législateur n'avait fait aucune exception à l'art. 4 de la loi du 22 frimaire an VII, les clauses établissant le régime des futurs époux seraient donc soumises au droit proportionnel; mais, à raison de la faveur accordée au mariage, il a dérogé au principe dans son art. 8, § 3 : « 1° Les contrats de mariage, qui ne contiennent d'autres dispositions que des déclarations de la part des futurs de ce qu'ils apportent eux-mêmes en mariage, et se constituent sans *aucune stipulation avantageuse entre eux*, » sont soumis au droit fixe de 3 francs.

La loi de l'an VII s'écartait ainsi de la législation du contrôle, qui établissait sur le contrat de mariage

un droit proportionnel, variant d'ailleurs suivant certaines distinctions. Ainsi, les apports étaient-ils déclarés et estimés, la perception était de 10 sols pour 100, sur la somme des apports des futurs; rien n'était-il déclaré, la perception était du 15^e du revenu du futur seulement; c'est-à-dire que si chaque époux apportait 100, la perception était de 20 ou de 6,6, suivant qu'il y avait eu ou non estimation dans le contrat de mariage. On voit combien était grand au point de vue fiscal l'avantage de ne faire aucune estimation, avantage qui, à tous les autres points de vue, se retournait néanmoins en graves inconvénients.

C'est pour éviter ceux-ci, et en même temps favoriser le mariage que la loi de frimaire établit un droit fixe sur le contrat de mariage.

Cependant une pareille disposition était la cause de grandes pertes pour le Trésor, et l'on essaya en 1816, de revenir à la législation ancienne; mais les motifs qui avaient fait établir le droit fixe triomphant encore, le droit fixe fut élevé à 5 fr., et ce ne fut qu'en 1872 que la disposition fut modifiée par la loi du 28 février.

Cette loi créa à côté du droit fixe et du droit proportionnel, un nouveau droit qu'on appela droit *gradué*.

Ce droit est une sorte de droit fixe variable, tenant aussi du droit proportionnel, comme on peut le voir dans le rapport de M. Mathieu Bodet.

L'art, 2-4^e de la loi, nous dit que les contrats

de mariage soumis avant la loi au droit fixe de 5 fr. seront soumis à ce droit gradué. Ce droit gradué est réglé dans l'art. 2.

C'est là le droit du fisc pour les contrats de mariage, qui ne contiennent d'autres stipulations que des déclarations de ce que les futurs époux se constituent en dot (art. 8 de la loi de frimaire).

Rapprochons l'art. 8 de l'art. 11 de la même loi, qui est ainsi conçu :

« Lorsque dans un acte quelconque, soit civil, soit judiciaire, soit extrajudiciaire, il y a plusieurs dispositions *indépendantes*, ou ne dérivant pas nécessairement les unes des autres, il est dû pour chacune d'elles et selon son espèce un droit particulier. La quotité en est déterminée par l'article de la présente, dans lequel la disposition se trouve classée ou auquel elle se rapporte.

Nous voyons dès lors surgir la question de savoir quels sont, dans le contrat de mariage, les clauses dépendantes des déclarations d'apport, n'étant pas, pour ce motif, soumises à un droit particulier, question qui en amène une deuxième : pour les clauses indépendantes, dans quelle catégorie des actes nommés par la loi de frimaire, ces diverses clauses rentrent-elles ?

Pour ne pas sortir de notre sujet, nous n'étudierons ces questions que relativement aux clauses renfermant des avantages.

Sur la constitution de dot et les donations entre

époux, il n'y a pas de difficultés, ces clauses sont entièrement indépendantes du régime adopté; elles seront donc soumises à des droits particuliers.

I. — *Constitution de dot.*

63. — L'art. 68, § 3, 1^o de la loi de frimaire nous dit dans son dernier alinéa :

« Si les futurs sont dotés par leurs ascendants, ou s'il leur est fait des donations par les collatéraux ou autres personnes non parentes, par leur contrat de mariage, les droits, dans ces cas, sont perçus suivant la nature des biens, ainsi qu'ils sont réglés dans les § 4, 6 et 8 de l'article suivant.

Or l'art. 69 établit le droit proportionnel.

Remarquons, cependant, que pour que la constitution soit distincte de la déclaration d'apport; il faut que les biens constitués n'appartiennent pas aux futurs époux. Une telle constitution ne pourrait faire supposer une cession antérieure du futur époux au constituant, dont la somme dotale serait le prix. Ce fait se reproduit souvent, lorsque le constituant est un ascendant, il n'aura qu'usé de son usufruit légal, et il l'aura peut-être poursuivi au-delà du terme fixé par la loi; mais c'est là un fait quotidien, qui ne présuppose aucune cession (Cass., 10 pluv., an XIII).

64. — Cependant il peut exister des cas où ces sortes de constitutions, lorsqu'elles sont faites par le survivant des père et mère, cachent une véritable vente, une transmission à titre onéreux.

L'administration a donné sur ce point l'instruction suivante, Instr. admin. enreg., 12 sept. 1830, n° 1333, § 1^{er}, dont voici la substance :

Il faut distinguer selon que la dot faite par le survivant des père et mère, avec imputation sur les droits du futur dans la succession de l'époux prédécédé, renferme ou non la renonciation du futur à demander compte et partage de la succession de l'ascendant prédécédé.

S'il y a renonciation, et qu'elle soit conçue en des termes qui manifestent un abandon des droits successifs, s'il en résulte d'une manière explicite que l'ascendant fera les fruits siens des revenus des biens du prédécédé, ou même qu'il pourra disposer de la propriété, il y a lieu de percevoir le droit proportionnel d'acte à titre onéreux.

S'il n'a pas de renonciation en ce sens, il y a lieu de sous-distinguer.

S'il n'est pas énoncé au contrat, on justifie par actes authentiques que les sommes ou valeurs constituées en dot se trouvent, dans la succession, échue au futur. Cette constitution est censée faite avec les deniers de l'ascendant survivant, et le droit proportionnel de donation est exigible.

Si, au contraire, il est prouvé, comme il vient d'être dit, que les biens constitués sont la propriété du futur époux, la constitution se confond avec la déclaration d'apport, il n'est dû aucun droit.

La jurisprudence est dans ce sens (voir Dall. J. G., tome XXII, n° 3460).

L'instruction est, à notre avis, fort équitable. Un abandon de droits, moyennant un forfait, est un acte à titre onéreux, qu'il intervienne entre des étrangers ou entre ascendants et descendants : tout acte à titre onéreux subit le même droit, quels que soient les rapports existant entre les parties contractantes.

Malgré la clarté de l'instruction, il y aura cependant souvent difficulté pour juger en fait s'il y a bien libéralité avec charges, ou cession à titre onéreux. Nous pensons que, dans le doute, il faudra présumer qu'il y a libéralité avec charges. Si une convention intervient en effet entre un père et son fils, par exemple, à propos du mariage de ce dernier, il est tout naturel de supposer qu'elle intervient pour favoriser ce mariage. La Cour de cassation a jugé dans ce sens, par arrêt du 6 janvier 1834, rapporté dans Dalloz, J. G., tome XXII, p. 164. Le fils s'était constitué en dot les biens de sa mère prédécédée. Son père lui avait fait donation, dans un autre article du contrat, d'une rente viagère et, dans un second alinéa de cet article, le fils renonce à l'usufruit des droits maternels au profit de son père. La Cour vit dans cet article non une cession à titre onéreux, mais une donation avec charges.

II. — *Donations entre futurs époux.*

65. — L'art. 68, § 3, 1°, ne nous parle que des

contrats de mariage sans aucune disposition avantageuse pour l'un ou l'autre des époux. En outre, le n° 5 du même paragraphe dispose que les dispositions entre futurs époux par contrat de mariage, soumis à l'évènement du décès, seront soumises à un droit spécial, indépendamment de celui du contrat. Donc, pas de doute, les donations entre futurs époux sont indépendantes des clauses établissant le régime, et soumises à un droit spécial.

III. — *Des conventions étudiées dans le chapitre III.*

Passons maintenant à l'étude des conventions de mariage contenant des avantages au profit de l'un ou de l'autre des futurs époux ; nous suivrons l'ordre établi dans le paragraphe où nous avons fait la distinction des donations des pures conventions de mariage.

A — Mises inégales dans la communauté.

66. — Remarquons tout d'abord qu'aucun droit ne pèse sur l'établissement de la *communauté légale*, par le fait même du mariage, sans contrat.

Le fisc perçoit des droits d'*actes* ou des droits de *mutation*. Dans notre hypothèse, il n'y a pas d'acte, mais il y a bien mutation au profit de la communauté ; cependant il n'y aura pas de droit perçu, par exception à la règle générale. Avant la loi de 1872, la

mutation, même opérée à l'aide d'un contrat de mariage, n'était soumise à aucun droit; puisque le droit perçu était un droit fixe, c'était un droit d'acte, non un droit de mutation. La loi de 1872, en créant le droit gradué, a créé un droit tout à fait anormal. Considéré en lui-même, un droit variable ne peut être un droit d'acte, c'est-à-dire le prix payé à l'Etat pour l'accomplissement d'une formalité; c'est plutôt un droit de mutation et telle est bien l'idée fort juste de la loi de frimaire, que tout droit variable suppose une mutation. Mais le législateur de 1872 avait pour mobile l'intérêt du fisc, cet intérêt exigeait l'établissement d'un droit assis sur les valeurs; d'un autre côté, il voulait conserver cet ancien principe que les contrats de mariage n'étaient pas soumis à un droit de mutation; aussi a-t-il créé un droit particulier, en réalité assis sur les valeurs transmises, mais non proportionnel, de telle sorte qu'il peut être regardé, non comme un droit de mutation, mais comme un droit d'acte. — La conséquence que l'on tire de cette conception, c'est que l'établissement de la communauté légale n'est soumis à aucun droit.

L'on peut critiquer, ce me semble, ces dispositions de la loi. D'une part elle veut augmenter les revenus du fisc, de l'autre elle veut les diminuer par faveur pour le mariage et elle obéit à la première ou à la seconde de ces deux idées, suivant que les futurs époux dressent ou non un écrit. Or le contrat de mariage, en fixant les droits des époux, évite bien des compli-

cations et des chances de procès, tant à l'égard des héritiers du prémourant, que des enfants à naître du mariage. Une loi bien faite devrait donc plutôt le favoriser, que l'entraver par des dispositions fiscales. On ne peut objecter la difficulté qu'il y aurait à évaluer les apports des futurs, la même difficulté se rencontre bien dans les mutations par décès.

Quoi qu'il en soit, le fait même du mariage n'entraîne aucun droit d'enregistrement, et cela est vrai, quelle que soit l'inégalité des mises en communauté des futurs époux. Nous allons voir, en effet, que dans la communauté conventionnelle cette circonstance n'augmente pas le droit du contrat, et que la déclaration d'apport n'en reste pas moins pure et simple. Il faut donc en dire de même au cas de communauté légale. Cela dit, passons à l'étude de la communauté conventionnelle.

67. — Supposons que d'une clause de réalisation ou de séparation de dettes résulte un avantage au profit de l'un des époux, comme nous l'avons déjà vu, dans le chapitre III.

Ces clauses devront être regardées, au point de vue fiscal, comme faisant partie intégrante des déclarations d'apports. Exclure le mobilier ou les dettes de la communauté, ce n'est autre chose que déterminer son apport. Si, en fait, dans certains cas, un avantage est établi au profit de l'un des époux, cet avantage, aux yeux de la loi, n'est pas réputé, exister et les futurs époux se trouveront dans le cas

de l'article 48; ils se seront constitué des dots, sans aucune stipulation avantageuse entre eux.

68. — Nous en dirons de même en cas d'ameublement, qu'il soit déterminé ou indéterminé. Il y a bien, dans le premier cas, mutation de propriété au profit de la communauté, mais la clause qui l'indique fait partie de la déclaration d'apport, aucun droit ne sera perçu.

Cela sera vrai, quel que soit l'avantage qu'en fait l'ameublement détermine au profit de l'autre époux; nous avons vu que la loi ne considérerait jamais cet avantage comme une libéralité. Quelques auteurs n'admettent pas cette solution, mais nous nous sommes attachés à démontrer précédemment que le résultat n'était pas à considérer pour distinguer si une convention de mariage était ou non une donation, qu'il fallait attribuer à la clause le caractère avec lequel la loi l'avait établie; or le but de la loi, en énonçant la clause d'ameublement était d'établir une modification de régime, non un moyen pour les époux de se faire des avantages.

B. — Clauses de partage inégal.

69. — Etudions, en premier lieu, la clause de l'art. 1525.

Il ne peut y avoir de difficultés, quand l'attribution est faite dans les termes mêmes de l'art. 1525. On ne peut voir là que l'établissement d'un régime, qu'une sorte de déclaration d'apports.

Aussi s'étonne-t-on de voir la régie élever ses prétentions, en 1822 il est vrai, à propos d'une clause ainsi conçue : « Le mari survivant à la future épouse, sans enfants, ne sera tenu de rendre aux héritiers de la future, que ce qu'il aura reçu d'elle ou à cause d'elle. » La Cour de cassation, dans un arrêt du 6 mars 1822 (D., J. G., t. XXII, p. 157), a avec raison, rejeté ces prétentions. L'attribution de l'article 1525 ne comprend en effet que des bénéfices ; elle était stipulée sans doute au profit d'un seul des époux seulement, mais l'art. 1525 autorise une telle stipulation au profit « du survivant ou de l'un d'eux seulement. »

Nous devons cependant noter ce considérant de l'arrêt : « Attendu que l'effet d'une telle clause est que la femme n'a jamais eu un droit acquis aux bénéfices de la communauté, d'où il suit que lorsque par l'événement de son prédécès le mari recueille seul, à l'exclusion des héritiers de la femme, les acquêts de la communauté, cette circonstance n'opère pas au profit de ce dernier une mutation de propriété, qui donne ouverture à un droit proportionnel d'enregistrement. »

Nous aurions trouvé plus rationnel que la Cour s'en tint à son premier considérant, portant que la clause n'était qu'une modification de la communauté légale, et qu'elle rentrait dans l'application de l'article 68, § 3, 1^o. Mais ajouter qu'il n'y a lieu au droit proportionnel, parce qu'il n'y a pas mutation,

ce qui est vrai dans l'espèce, c'est dire par *a contrario* qu'il y aura lieu au droit proportionnel, toutes les fois qu'il y aura mutation. Nous verrons plus loin à quelles conséquences peut conduire ce principe. Pour le moment, rappelons-nous que le principe : toute mutation encourt un droit proportionnel, n'est pas vrai en matière de contrat de mariage ; c'est précisément pour manifester cette exception que le législateur a établi ce droit spécial, qu'on appelle droit gradué. Nous remarquerons, en outre, que la preuve d'une non mutation suffit à exclure le droit proportionnel, tandis qu'elle n'exclut pas le droit fixe. Le premier considérant, au contraire, de l'arrêt, reconnaît la clause comme entièrement dépendante de l'établissement du régime, et sa conclusion est dès lors complète et efficace.

Quoi qu'il en soit, les clauses rentrant dans les termes de l'art. 1525, sont aujourd'hui regardées universellement comme de simples modifications à la communauté légale et n'encourent aucun droit.

70. — Ceci est vrai alors même que dans la clause se trouve des termes donatifs. Nous avons vu (n° 39) que ces termes ne changent pas la nature de la convention, que tout au plus ils peuvent lui rendre applicables certaines règles des donations, et nous avons indiqué en particulier que le fisc ne pouvait jamais prétendre à une telle altération. On ne peut pas supposer, que lorsque rien ne les y obligeait, les futurs époux aient désiré encourir le droit

proportionnel. Ainsi la stipulation d'une condition de réduction n'entraîne pas l'exigence du droit proportionnel.

La Cour de cassation a rendu sur ce point un arrêt en parfait accord avec notre doctrine. Il est du 24 nov. 1834 (D., J. G., t. 22, p. 140). Le contrat de mariage contenait attribution de la communauté au survivant sous la condition de réduction, en cas d'existence d'enfants. La Cour considérant « que la nature et le caractère de cette stipulation n'ont été altérés, ni par la clause portant réduction éventuelle de cet avantage... ni par les mots donation mutuelle » décide que la stipulation échappe au droit proportionnel.

Dans le même sens un jugement du tribunal de Lille, 20 déc. 1845.

On peut opposer à ces arrêts un autre arrêt de la Cour de cassation du 15 février 1832 (D. m.-vol. p. 159). Voici l'espèce. Les futurs époux s'étaient fait donation mutuelle, au profit du survivant, de l'universalité des biens meubles et immeubles, qui *appartiendraient au prémourant* à son décès, sans aucune exception, sauf *réduction* en cas d'existence d'enfants.

La Cour jugea que le droit proportionnel était exigible; mais on peut voir que cet arrêt se fonde principalement sur deux motifs, qu'il y a : 1° attribution comprenant au-delà des acquêts de la communauté; 2° mutation de propriété, mutation révélée par

ces mots : « qui appartiendront au prémourant lors de son décès. » Nous étudierons plus loin si les deux premiers motifs étaient fondés, nous avons déjà dit un mot du second; quant à la clause de réduction, on voit qu'elle ne fonde pas l'arrêt et qu'elle seule, se trouvant dans le contrat, la Cour n'aurait vu dans l'attribution qu'une pure convention de mariage et n'aurait pas exigé le droit proportionnel; la Cour ne regarde cette clause que comme aggravant la présomption, qu'il y a eu donation.

Cette jurisprudence est parfaitement fondée en équité; l'avantage est moins grand, s'il y a condition de réduction que si cette condition n'existe pas; or dans le second cas, la loi ne voit pas de donation, pourquoi en verrait-elle dans le second?

71. — Passons maintenant en revue les diverses clauses, qui tout en se rapprochant de celle de l'art. 1525, en diffèrent néanmoins sur certains points.

Nous avons établi au chapitre précédent que pour qu'une clause contenant un avantage au profit de l'un des futurs époux, fut regardée comme une convention de mariage à l'égard de la réduction, il fallait :

1^o Qu'elle ne portât que sur des biens entrés en communauté;

2^o Que de sa nature elle ne violât pas les diverses restrictions que la loi a édictées pour des dispositions particulières.

Et d'abord on ne devra nullement se préoccuper de savoir si les biens qui font l'objet de l'avantage

ont été un jour dans la propriété de l'époux, auquel la clause ne les attribue pas.

La question de *mutation* n'est nullement considérée dans la communauté légale ; elle ne l'est point aussi dans les clauses des art. 1521 et 1522, lorsque les meubles des époux font partie de la communauté, ou même lorsqu'un immeuble est entré par l'effet de l'ameublement dans cette communauté. Or ces clauses ont en vue le partage de la communauté y compris les biens qui y sont entrés du *chef* de l'un des époux et non simplement le partage des conquêts. Aussi critiquons-nous le considérant de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juillet 1876 rapporté dans Dalloz, 1807, t. 36, portant « que si la loi autorise l'attribution à l'un des époux d'*une plus grande part* ou ou même de la totalité du fonds commun, la dérogation doit être expressément stipulée sans pouvoir affecter les apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de l'autre époux. » Lorsqu'il s'agit de la *totalité*, nous accordons la restriction, mais non lorsqu'il s'agit d'*une part supérieure à la moitié*. S'il en était ainsi, les articles 1521-1522 ne seraient-ils pas complètement inutiles, puisqu'ils permettraient simplement des avantages inférieurs à celui de l'article 1523 ?

L'administration de l'enregistrement elle-même reconnaît, dans son instruction du 26 septembre 1825, que la clause de l'art. 1521 ne saurait donner lieu à aucun droit de perception ; elle reconnaît donc que la

mutation de propriété n'est pas toujours soumise à un droit proportionnel.

En second lieu, nous appliquerons, en matière fiscale, la règle que nous avons admise pour la réduction; dès que de sa nature la clause ne dépasse pas la portée des clauses énoncées par la loi, dès que l'on est obligé, pour savoir si l'attribution dépasse les bénéfices, de faire une *estimation relative à l'espèce*, on est en présence d'une pure convention de mariage.

Ainsi dans l'espèce que nous avons citée plus haut, où les futurs époux avaient attribué au survivant « la propriété des meubles de la communauté, avec charge de payer les dettes et l'usufruit des immeubles de cette communauté »; nous rejeterons les prétentions du fisc. Car *a priori* et sans se livrer à une estimation, on ne peut dire que la nue-propriété des immeubles, qui sera la part des héritiers du prédécédé, est plus faible que les apports et capitaux qui sont entrés en communauté du chef de ce dernier.

Nous tirons donc cette conclusion, que pour savoir si le droit est encouru, il faut rechercher si les biens compris dans l'attribution sont entrés ou non en communauté, et si la clause n'a pas été établie pour échapper aux restrictions énoncées par la loi.

72. — Mais ici une question peut se présenter. Quelquefois l'attribution portera simultanément et sur les biens communs et sur les propres; elle sera, par exemple, de l'usufruit de tous les biens qui ap-

partiendront au prémourant lors de son décès. Faudra-t-il, dans ce cas, diviser la clause et ne percevoir le droit que sur la mutation des propres? L'hypothèse s'est présentée dans l'affaire jugée par un arrêt de la Cour de cassation, que nous avons citée. « Attendu, dit la Cour, qu'une telle clause ne saurait être scindée de façon à être considérée, tantôt comme convention de mariage et entre associés dans l'attribution au survivant de l'usufruit des acquêts, tantôt comme donation dans l'attribution ou même de l'usufruit des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef du prédécédé; que l'unité du motif de la formule de la liquidation s'oppose à ce qu'elle soit décomposée de la sorte en deux éléments distincts, ayant chacun son caractère propre, ses règles particulières. »

Nous trouvons fort juste cette manière de voir; la clause n'est plus une convention de mariage, puisqu'elle renferme des stipulations réputées avantageuses, donc elle est indépendante de l'établissement du régime, elle sera soumise à un droit proportionnel.

C. — Préciput.

73. — La loi énonce une dernière clause de partage inégal, le préciput.

Nous raisonnerons en matière fiscale, comme nous avons raisonné en matière de réduction, nous regarderons le préciput comme simple convention de ma-

riage, non passible d'un droit de perception autre que celui du contrat.

Mais il faut pour cela, que l'avantage que procure la clause, ne porte pas ou ne puisse porter sur les biens propres du prémourant, comme au cas où le préciput est stipulé au profit de la femme survivante, même au cas où elle renoncerait.

Peu importe d'ailleurs que le préciput porte sur les biens de la communauté en général, ou sur les simples conquêts, l'art. 1515 ne suppose nullement établie une société d'acquêts et ne fait aucune distinction.

Peu importe aussi que le préciput porte sur les meubles de la communauté ou sur un immeuble ameubli ; peu importe que l'époux survivant doive verser dans la communauté une certaine somme en compensation du prélèvement qu'il opérera. Il n'y a là qu'une simple convention de mariage, se rapprochant beaucoup de la clause de l'art. 1522 et une simple restriction apportée au préciput.

L'administration de l'enregistrement avait, dès le principe, contesté cette doctrine dans une espèce à peu près analogue, mais se rapportant plutôt à l'article 1525. Le futur époux avait ameubli ses granges et jardins et le contrat de mariage portait que le survivant jouirait en usufruit de la moitié appartenant au premier mourant. La Cour de cassation par un arrêt du 26 décembre 1831, (D., J. G., 22, 153) décidant que par l'effet de l'ameublement les im-

meubles tombaient en communauté, comme les meubles mêmes, et par suite était soumis à l'application de l'art. 1525 et de la même manière, débouta la régie de sa demande.

Depuis cet arrêt, l'administration a admis cette doctrine. La même décision aurait été rendue *à fortiori* s'il y avait eu forfait, et si un seul immeuble avait été ameubli pour faire l'objet d'un préciput.

74. — Ici se place la question de savoir, si les clauses des art. 1515 et 1525 peuvent être insérées toutes deux dans un contrat, sans donner lieu au droit de perception. Voici l'espèce qui a été jugée dans un jugement du tribunal de la Seine du 8 juin 1872 (D. 1873. 3. 62). Un premier article du contrat, l'article 6, portait que le survivant des futurs époux prendrait à titre de préciput et avant partage, tous les meubles meublants, etc.; l'art. 7, que pour gain de survie, les époux se faisaient donation réciproque de la jouissance de tous les acquêts de la communauté, prélèvement fait du préciput.

La régie avait considéré le prélèvement du préciput, comme la dernière opération de l'association conjugale, et avait perçu les droits sur l'art. 7 comme s'il y avait eu en réalité donation. Le tribunal a condamné la régie à restituer, attendu « que si dans l'art. 6 il est parlé du partage de la communauté, rien n'implique que ce partage devra précéder l'application de l'art. 7, lequel au contraire paraît supposer que le droit de jouissance devra s'exercer

immédiatement après le prélèvement du préciput, que ce droit de jouissance frappant ainsi les seuls acquêts, avant que le partage ait fait tomber dans le patrimoine aucun des biens soumis à ce droit, il n'y a point translation d'un époux à l'autre. »

Ces seuls considérants n'ont pas besoin de commentaire pour prouver combien était peu fondée la prétention de l'enregistrement.

75. — Nous avons vu enfin que l'établissement de la communauté à titre universel n'encourait jamais la réduction; nous en dirons autant pour la perception des droits du fisc.

Quant au régime sans communauté, la difficulté est encore moindre, puisqu'il n'y a même pas de mutation.

Nous ferons la même observation pour les biens que la femme se constitue en dot sous le régime dotal.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN.

Préliminaires.

	Pages.
But de la thèse.....	5
De l'acte à titre gratuit en général.....	8
De la donation <i>stricto sensu</i> ; ses éléments.....	10
Le consentement du donataire est-il nécessaire.....	17
Plan et division du sujet.....	19

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PROHIBITION ENTRE ÉPOUX

Historique et exposition de la règle.....	21
Donations <i>stricto sensu</i> non soumises à la règle.....	23
Donations <i>mortis causa</i>	26
Actes ne contenant pas d'appauvrissement.....	28
Actes ne contenant pas d'enrichissement.....	33
Actes ne modifiant pas l'étendue des biens.....	35
Donations déguisées.....	39

CHAPITRE II.

LOI CINCIA ET INSINUATION.

Historique et exposition des deux règles.....	45
Comparaison avec la règle précédente.....	48
Donations <i>stricto sensu</i> échappant aux règles.....	49
Donations <i>mortis causa</i>	50
Actes où fait défaut soit l'appauvrissement, soit l'enrichissement.....	55

	Pages.
Actes ne modifiant pas l'étendue des biens	56
Donations déguisées	58
Actes où le <i>modus</i> est indéterminé.	59

CHAPITRE III.

RÉVOCATION POUR CAUSES DÉTERMINÉES.

Enumération des diverses causes.	62
--	----

I. — *Survenance d'enfants.*

Cette cause ne s'applique qu'aux actes entre patron et affranchi.	62
Actes auxquels s'applique cette cause de révocation.	68

II. — *Ingratitude.*

Exposition de la règle.	69
Actes auxquels elle s'applique	70

III. — *Révocation par les légitimaires.*

Exposition de la règle	72
Actes auxquels elle s'applique.	73

CHAPITRE IV.

ACTION PAULIENNE.

En quoi la règle est spéciale aux donations.	75
Donations <i>stricto sensu</i> ; Constitution de dot.	76
Comment faut-il entendre l'appauvrissement?	78
L'enrichissement est-il nécessaire dans l'acte à titre gratuit, pour qu'on soit dispensé de prouver la complicité?	80
Donations déguisées.	81
Actes à titre gratuit échappant à la règle.	81
Actes à titre onéreux y rentrant	82
Conclusion.	82

DROIT FRANÇAIS.

Préliminaires.

CHAPITRE PREMIER.

CONSTITUTION DE DOT.

	Pages.
I. — Formes.	90
II. — Capacité.	93
III. — Garantie.	95
IV. — Rapport, réduction, révocation	101
V. — Action Paulienne.	102

CHAPITRE II.

DONATIONS ENTRE FUTURS ÉPOUX.

I. — Capacité	110
II. — Révocation.	113
III. — Action Paulienne	120

CHAPITRE III.

AVANTAGES NON CONSIDÉRÉS COMME DONATIONS.

Section I. — Réduction.	124
I. — Distinction des donations des pures conventions de mariage.	124
A. — Mises inégales.	135
B. — Clauses de partage inégal	136
C. — Préciput.	146
D. — Communauté à titre universel.	153
E. — Régime sans communauté.	157
II. — Réduction au profit des enfants issus d'un premier lit.	159
Section II. — Autres règles.	182
I. — Garantie	182

	Pages.
II. — Rapport et révocation.	184
III. — Action Paulienne	186

CHAPITRE IV.

DISTINCTION DES DONATIONS DES SIMPLES CONVENTIONS DE MARIAGE AU POINT DE VUE FISCAL.

Généralités	188
I. — Constitution de dot.	191
II. — Donations entre futurs époux	193
III. — Clauses étudiées dans le chapitre III.	194
A. — Mises inégales	194
B. — Clauses de partage inégal.	197
C. — Préciput	204

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. — Le consentement du donataire n'est pas nécessaire à la formation de la donation.

II. — Les donations de fruits ne sont pas prohibées entre époux.

III. — Le bénéfice de la loi Cincia ne s'éteint pas toujours par la mort du donateur.

IV. — Pour savoir si une donation d'usufruit doit être ou non insinuée, on doit évaluer l'usufruit d'après sa valeur vénale au jour de la donation.

V. — La loi *Si unquam* au titre *De revocandis donationibus* n'est applicable qu'aux actes entre patron et affranchi.

DROIT CIVIL.

I. — Un second donataire, dont le titre a été transcrit, peut opposer au premier le défaut de transcription.

II. — L'ascendant condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut constituer de dot à son descendant.

III. — La règle de l'article 917 n'est pas applicable aux donations entre époux.

IV. — L'emploi de termes donatifs dans une clause du contrat de mariage n'en altère pas la nature.

DROIT CRIMINEL.

I. — Lorsque l'accusé est renvoyé devant la Cour d'assises, comme coupable d'un crime consommé, la question de la tentative ne peut être posée au jury.

II. — L'insertion d'imputations diffamatoires, dans une délibération d'un conseil municipal, constitue le délit de diffamation.

DROIT DES GENS.

I. — Un État étranger ne peut réclamer devant les tribunaux Français, des indemnités pour les préjudices causés à ses nationaux par des émeutes en France.

II. — Si un brevet obtenu d'abord à l'étranger a été aussi pris en France, les nullités et déché-

ances du brevet étranger entraînent les nullités et
déchéances du brevet Français.

Vu, le Président de la thèse,
BUFNOIR.

Vu par le Doyen,
CH. BEUDANT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

